This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

AW LIBRARY
7 722 961

HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901.

ÉTUDE

HISTORIQUE & COMPARATIVE

DES

DIVERSES FORMES DE CAUTIONNEMENT

EN DROIT ROMAIN

PAR

ÉMILE BRUNET,

Avocat à la Cour d'Appel d'Aix,

DOCTEUR EN DROIT.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU, Éditeur,

14, *rue Soufflot, et rue Toullier*, 13

1887

Fo. TX
B895di

AIX-EN-PROVENCE. — IMPRIMERIE ILLY ET J. BRUN, RUE MANUEL, 20.

Rec. July 25, 1901.

INTRODUCTION

Le rôle du cautionnement à Rome.

La théorie du cautionnement a, dans la législation civile romaine, une importance qu'elle n'a pas dans la nôtre, ni dans la plupart des lois civiles modernes. Pendant longtemps, en effet, les Romains préférèrent les garanties personnelles aux garanties réelles ; elles n'entravent ni l'exploitation, ni la circulation des biens ; le créancier y trouve une assez grande sécurité ; leur seul inconvénient est le danger sérieux auquel sont exposées les cautions. « Cautionne, ta ruine n'est pas loin : Εγγύη, παρά δ'ἄτη » telle était l'une des inscriptions du temple de Delphes (Platon, Charmides).

« *Sponde, noxa præsto est,* » telle est la phrase attribuée par Ausone à Thalès dans son poëme des sept sages de la Grèce.

« *Non inscite doctores nostri dixerunt titulos de*

donationibus et fidejussoribus esse fatuorum hominum » dit Cujaz, au titre de *precario*, au Code.

Loysel, dans ses Institutes coutumières (III, 7, 4), proclame la supériorité des sûretés réelles sur les garanties personnelles : « Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès. » « Mieux vaut gaige en arche que pleige en place. »

Pour qui raisonne avec nos idées actuelles, cette préférence, en matière civile au moins, semble assez difficile à justifier, et un texte de Pomponius paraît même formellement la condamner. (L. 25 *de reg. jur.*)

En dépit de cette assertion qui atteste d'ailleurs plutôt la supériorité de la garantie réelle en elle-même que la fréquence de son usage, le cautionnement reste, pendant des siècles, préféré à l'hypothèque.

C'est ce que prouve, avant tout, un fait significatif. Chaque fois qu'une sûreté est exigée, soit par la loi, soit, comme le plus souvent, par l'édit du préteur, c'est l'engagement d'une caution qui est fourni.

Ainsi voyons-nous le défendeur à l'action réelle, et le défendeur à l'action personnelle, plaidant *alieno nomine*, obligés de fournir la caution *judicatum solvi*.

L'héritier, débiteur de legs à terme ou conditionnels, fait garantir sa dette par la caution *legatorum*.

Le préteur, lorsqu'il rendit obligatoire pour l'usufruitier, la promesse de jouir en bon père de famille, et de restituer, voulut qu'une caution vint accéder à cette obligation.

La personne qui adroge un impubère, fournit une

promesse personnelle, garantie par des cautions, de restituer les biens de l'adrogé à ses héritiers, au cas où celui-ci viendrait à mourir impubère.

C'est encore par une promesse, munie d'une caution, que s'effectuent la *collatio bonorum* et la *collatio dotis.*

Et de toutes ces hypothèses, la dernière est la seule où une sûreté réelle peut remplacer l'engagement d'une caution. (L. I, § 9 *de collat.*) Aucune autre n'admet cette équivalence. (L. 7 *de stip. præt.*)

Caton montre un fermier donnant au propriétaire une sûreté réelle sur les capitaux qui lui servent à l'exploitation, jusqu'à ce qu'il aît pu se procurer une caution. Ce n'est là qu'une satisfaction provisoire, en attendant mieux. *(De re rustica, 146-150. Isid. Orig. V. 25. L. 14 quib. mod. pign. solv. L. 34, § 1 de pign. et hyp.)*

La préférence est donc certaine ; est-elle justifiée ?

Elle semble, au premier abord, d'autant plus étrange que les créanciers romains, influencés par le caractère de l'obligation accessoire, éprouvent une véritable répugnance à diriger leurs poursuites contre la caution, lorsque le débiteur est notoirement solvable.

Et en outre, les sûretés réelles paraissent bien plus simples et d'un fonctionnement bien plus pratique. « *Melius est possidere, quam in personam experiri.* » (L. 1, *de superf.*) Le créancier gagiste, non payé au jour de l'échéance, n'a que la peine de faire vendre l'objet engagé, et de se payer sur le prix. L'action

quasi-servienne est d'un égal avantage ; la détention obtenue, le créancier peut faire vendre et se désintéresser. Ne sont-ce pas là des moyens plus faciles et plus expéditifs que celui auquel est réduit un créancier obligé de s'adresser à la justice, d'obtenir une sentence, et de réclamer, à défaut de paiement, une *bonorum venditio*, d'où il ne retirera peut-être qu'un dividende ?

La préférence des Romains est due, en grande partie, à l'insuffisance des institutions juridiques à l'origine de Rome. Les citoyens des premiers siècles ne connaissent pas l'hypothèque, ni même le gage classique. Ils ne peuvent se procurer une sûreté réelle que par l'aliénation fiduciaire où le débiteur trouve le double inconvénient de n'obtenir du crédit que vis-à-vis d'un seul, et de se confier à la discrétion du créancier devenu maître de la chose engagée.

Le *pignus* est également très imparfait au début ; il n'emporte pas le droit de vendre et ne confère qu'un droit de rétention.

L'hypothèque elle-même, qui réalise le dernier progrès, est bien éloignée de la nôtre. Elle n'est ni spéciale, ni publique, en sorte qu'il est impossible de savoir si le droit que l'on acquiert est une garantie sérieuse ou illusoire. Peut-être même est-il nul, car les transmissions de propriété ne sont pas plus connues que les constitutions d'hypothèque.

D'ailleurs l'hypothèque ne convient ni à l'enfance d'une société, contractant peu, et vivant sur un ter-

ritoire restreint, ni à des peuples de commerçants, arrivés à un état économique extrêmement développé, où l'industrie et les grandes entreprises ont acquis toute leur extension. Or quelle était la situation économique des premiers Romains? Des pasteurs, des laboureurs, quelques pauvres artisans; d'autre part, un petit nombre de familles dont l'opulence relative avait sa source dans la jouissance abusive des terres du domaine public, composaient toute la nation. Mieux valait pour le riche, faire crédit à l'homme dont quelques témoignages connus lui attestent l'honnêteté, et recevoir des engagements dont la rigueur peut aller jusqu'à réduire le débiteur en esclavage, qu'avoir, pour garantie de sa créance, un pauvre outillage, ou un champ délaissé qu'il faudrait remettre en culture à grands frais, alors qu'il est si facile de jouir des vastes terres du domaine public[1].

Qu'on se représente l'organisation sociale et politique de l'ancienne Rome, les rapports de clientèle qui rattachent le faible au puissant, liens qui, au témoignage des auteurs, ont poussé les racines les plus profondes, et donné naissance à une sorte de point d'honneur entre les personnes qu'ils unissaient (Denys d'Hal., t. 10). Les clients doivent payer les dettes des patrons, et réciproquement; et cette obligation contient en germe celle de cautionner. Aulu-Gelle

(1) M. Jourdan. L'hypothèque, p. 5.

(N. Att., n° 13) cite un passage de Caton l'ancien qui place les devoirs de la clientèle après ceux de la tutelle et les considère comme sacrés.

Ce contrat s'adapte donc d'une façon merveilleuse à la structure de la société romaine. A l'origine, c'est un devoir ; ensuite il devient d'une application si fréquente que, non seulement les amis, mais encore les simples connaissances, voire même les importuns, viennent demander ce service, et que c'est à peine si l'on s'enquiert de celui pour lequel on s'oblige. (*Romæ sponsorem me rapis,* Horace, sat. 2).

Le cautionnement est entré dans les mœurs ; il est si général, qu'on ne conclut pas une affaire de quelque importance sans fournir des cautions ; il est même de bon ton de ne pas payer comptant et, à la place d'argent, de donner des répondants ; aussi les jurisconsultes ignorent le nombre des engagements de cette sorte qu'ils ont contractés. (*Macrobe Saturn,* II, 6. Cic. lettre à Atticus, XII, 17). Leur domaine est plus étendu qu'on ne saurait le croire. Plaute parle d'*adpromissores* venant garantir une stipulation de fiançailles. (*Trinummus*, acte V, scène 2).

Au temps de Pomponius, sans doute, les choses ont bien changé ; les idées ont fait leur chemin, la clientèle a disparu, les sûretés réelles se sont perfectionnées pendant que les voies d'exécution contre les débiteurs se sont adoucies ; la nature du crédit n'est plus la même, et cependant le cautionnement reste d'une application fréquente.

N'est-ce qu'un effet de l'habitude qui maintient des institutions dans des milieux où elles n'auraient pu naître? Il y a, à sa survivance, de meilleures raisons.

Le maintien des nombreuses cautions légales et judiciaires établies par l'ancienne législation, les avantages subordonnés à leur engagement, interdits aux personnes mal famées qui ayant la richesse sans la considération, ne peuvent trouver de garants, l'insuffisance toujours réelle de l'hypothèque, la garantie morale que présente le cautionnement, l'intervention des parents, des amis, tous intéressés à acquitter la dette, et à exercer sur le débiteur une sorte de surveillance rendue facile par leurs rapports avec lui, enfin la protection que le cautionnement assure contre l'incapacité du débiteur, ne sont-ce pas là des raisons très suffisantes pour expliquer la durée de cette institution?

Aujourd'hui, et pour d'autres motifs, nous retrouvons, dans les relations commerciales, une préférence identique pour le cautionnement personnel. Aujourd'hui où la rapidité des transactions est sans égale, où, faire vite est l'idéal du commerce, les formalités d'affectation, de réalisation sont des entraves, et les sûretés personnelles sont préférées comme plus simples. Ainsi, dans les titres à ordre, les divers endosseurs sont les cautions les uns des autres, et tous le sont du dernier preneur.

Le cautionnement forme chez nous une théorie unique et créée toute d'une pièce. Il n'en est pas de même

à Rome; le cautionnement a passé par bien des vicissitudes, je veux dire, a revêtu des formes différentes dont plusieurs ont coexisté. De ce fait, on pourrait donner plusieurs motifs; toute théorie juridique romaine en est là. Imparfaite au début, elle se développe sous l'action du préteur et de la jurisprudence.

Cela tient aussi à la nature particulière de l'institution qui nous occupe; le cautionnement présente le double caractère d'être, de la part de celui qui l'offre, un acte de bienveillance, et chez celui qui le reçoit, une mesure de sûreté. De là deux idées rivales à concilier; faveur et indulgence relatives envers la caution qui s'engage sans intérêt personnel et s'acquitte d'un bon office, protection efficace du créancier qui a voulu fortifier le lien de son débiteur. La bonne législation sera celle qui tiendra compte à la fois de ces deux idées, qui maintiendra à peu près la balance égale, et trouvera moyen d'être douce pour la caution, suffisamment protectrice pour le créancier.

Le droit romain a oscillé longtemps avant de trouver le juste milieu auquel se sont arrêtées nos lois; il a versé d'un excès dans un autre avant d'offrir une théorie équitable. Cependant en aucune matière peut-être n'apparaissent avec autant d'intérêt sa souplesse merveilleuse et ses progrès incessants. Mon but est d'exposer les diverses formes du cautionnement à Rome, de montrer comment l'imperfection des premières nécessita la création de formules nouvelles, ou l'application à cette matière de procédés juridiques

antérieurs, comment les manières principales de cautionner coexistèrent, en quoi les unes l'emportaient sur les autres.

Une étude sur le cautionnement à Rome n'a, semble-t-il, rien en soi de bien nouveau. Cependant peut-être ce travail offrira-t-il quelque intérêt à raison de la manière dont il sera conduit. Ce ne sera pas en effet le simple exposé des règles bien connues de la fidéjussion. Je me propose de montrer qu'il y a eu à Rome une véritable théorie du cautionnement, lequel pouvait être réalisé à l'aide de divers procédés dont chacun avait sa raison d'être et son utilité spéciales. J'ai, avant tout, cherché à faire une étude d'ensemble. Ce serait une grande erreur que de croire que tout le cautionnement se résumait dans la fidéjussion ; la forme théoriquement classique n'est pas toujours celle qui est le plus usitée. La vente est un contrat consensuel, le *mutuum* un contrat réel ; cependant la vente se réalise fréquemment par des stipulations réciproques de la chose et du prix, le prêteur stipule la restitution des deniers prêtés ; ici nous voyons un résultat analogue, mais inverse, se produire, et désirant échapper aux règles parfois gênantes du contrat verbis, les Romains cautionnent en s'engageant dans les liens d'un pacte prétorien ou d'un contrat de bonne foi.

Le genre de cette étude m'impose le plan et la méthode à suivre ; après avoir adopté la méthode historique pour montrer la naissance successive des

diverses formes du cautionnement, je rechercherai les conditions nécessaires à sa validité, les effets qu'il produit, et les causes d'extinction auxquelles il est soumis. Dans l'exposé de toutes ces questions, je supposerai toutes les formes de cautionnement existantes et j'indiquerai quelles règles sont communes à chacune d'elles, lesquelles au contraire sont spéciales à telle ou telle forme de cautionner.

CHAPITRE PREMIER.

Des diverses formes de cautionnement.

L'engagement accessoire n'implique pas une forme originale et distincte de contracter ; la formule classique d'obligation, à peine modifiée par l'addition du mot *idem*, peut servir de moule au lieu de la caution et le contrat par lequel elle se constitue débitrice porte le nom d'*adpromissio*. C'est une forme particulière de la stipulation, ayant quelques règles spéciales et faisant pendant à une autre institution assez analogue quant à la forme, au fond tout à fait dissemblable, l'*adstipulatio* (Gaïus III, 110-114).

De même, en effet, que l'*adpromissor* est un débiteur accessoire tenu de la même dette que le débiteur principal, l'*adstipulator* est un second créancier qui, ayant stipulé du même débiteur, jouit à son égard de tous les droits que lui confère sa qualité et ne voit sa situation modifiée que dans ses rapports avec le premier créancier sur les instances duquel il est intervenu et envers lequel il est un véritable mandataire.

Pour en revenir à l'*adpromissio*, elle a revêtu trois formes successives qui se nuancent par l'emploi du verbe : « *spondeo, fidepromitto, fidejubeo.* » Mais dans toutes se

retrouve l'emploi du mot *idem*, et à ce point de vue une analogie frappante existe entre l'*adpromissio* et deux autres situations : la corréalité passive et la novation.

1° — L'*adpromissio* n'est pas la seule manière de cautionner ; mais c'est assurément celle qui a été usitée la première ; le contrat *verbis* est si ancien qu'on ne peut remonter à son origine, tandis que les autres formes sont des dérogations à ce principe, qu'un pacte est impuissant à faire naître une action.

On ne saurait avec certitude assigner une date précise à l'introduction de la forme *spondeo ;* je la crois aussi ancienne que le droit romain lui-même ; l'idée de prêter sans garantie devait être inacceptable à Rome plus que partout ailleurs. Ce qui est certain, c'est que la *sponsio* est la seule forme de cautionnement dans les premiers temps, à cette époque où tout le droit romain se trouve étroitement réservé aux seuls citoyens (Gaïus III, 93).

L'obligation accessoire suit donc une marche à peu près analogue à celle de l'obligation principale. Réservée à l'origine à ceux qui jouissent du *commercium*, elle devient, lorsque les relations se développent et sous la forme *fidepromitto*, accessible aux pérégrins qui commencent à affluer à Rome, jusqu'à ce qu'enfin l'avènement de la *fidejussio* constitue le dernier progrès dans le cautionnement réalisé par voie d'engagement *verbis*.

Demander à quelle époque la seconde forme fit son apparition, c'est soulever une question préjudicielle plus générale

et rechercher à quelle époque les relations des Romains avec les pérégrins ont déterminé les premiers à étendre, dans une certaine mesure, aux étrangers, les règles de leur législation. La création du *prætor peregrinus* remonte à l'an 507 ; c'est à lui peut-être que revient l'honneur d'avoir suscité cette seconde formule [1].

La forme nouvelle, créée pour les pérégrins, est évidemment accessible aux Romains, et dès lors il semble logique que la *sponsio* disparaisse, laissant subsister seule la formule nouvelle, plus large, qui répond à tous les besoins. En fait, les deux formes coexistent. La *sponsio* fut toujours la forme populaire et elle fut employée jusqu'à Justinien.

Est-ce parce que c'était la vieille formule classique qu'elle demeura toujours chère aux Romains ? Il y en a de meilleures raisons ; sa survivance s'explique par les avantages spéciaux faits au *sponsor* par une loi *publilia* en ce qui concerne l'exercice de son action en recours.

Maintenant pourquoi fallut-il créer une troisième formule ? Pour le faire comprendre, je suis obligé d'anticiper un peu sur les explications que j'aurai à fournir sur les effets du cautionnement et d'indiquer rapidement les règles arbitraires communes aux deux premiers procédés et qui nécessitèrent l'introduction du troisième.

L'idée générale de ces dispositions était de protéger, — et on avait beaucoup dépassé le but, — les *sponsores*

(1) Cette date est inadmissible pour ceux qui placent la loi Furia en l'an 408.

et les *fidepromissores*, que la loi traitait à l'origine avec une excessive rigueur. Véritable débiteur solidaire, au début, chaque caution peut être poursuivie pour le tout, et celle qui a payé, dépourvue de recours contre ses co-promettants, ne partage pas avec eux le risque de l'insolvabilité du débiteur principal.

Mais, d'autre part, la vie du *sponsor* ou du *fidepromissor* mesure la durée de leur engagement. Bien plus, la loi *Furia* le déclare éteint deux ans après l'échéance et elle divise la dette par portions viriles entre les cautions vivantes à ce même jour, et comme sanction de cette disposition, soumet le créancier qui demande à l'une des cautions plus que sa part, telle qu'elle est déterminée par la loi elle-même, à une *manus injectio pro judicato*. Enfin, dernier inconvénient qui tient à la forme, les dettes nées *verbis* seules peuvent être garanties par un *sponsor* ou un *fidepromissor*.

C'est dans ces circonstances que naquit la fidéjussion, dont l'apparition est pour la première fois législativement constatée par une loi *Cornelia* (673) applicable aux trois classes d'*adpromissores*. On considéra sans doute qu'une formule, jugée suffisante pour réaliser une stipulation, devait l'être également pour donner naissance à un engagement accessoire, et un tel raisonnement dut logiquement conduire à regarder comme valables des engagements accessoires contractés *verbis* en une autre forme : *dabis*, par exemple. Gaïus (III, 116) se pose une question qui doit être celle de savoir s'il faut voir là une *fidepromissio* ou une *fidejussio*. Pour la *sponsio*, il n'y avait même pas doute, cette formule étant sacramentelle et n'ayant ni tra-

duction, ni synonyme. En faveur de la *fidepromissio*, on pouvait dire que le doute s'interprète dans un sens favorable au débiteur. Et cependant il semble bien plus conforme au progrès réalisé, à l'intention des contractants, de voir dans cette formule et autres analogues, le cautionnement le plus large, le mieux compris et le plus puissant dans ses effets.

Telle est, je crois, la question que se posait Gaïus et telle est sans doute la réponse qu'il devait y faire lui-même dans son enseignement oral. Ce paragraphe a d'ailleurs été interprété autrement et on y a vu une question toute différente. Le jurisconsulte se demanderait si ces formules réalisent un cautionnement ou une novation.

Cette interprétation n'a pour elle ni les commentaires de Gaïus qui, s'ils posaient une question de cette importance, y répondraient ou du moins la reproduiraient au siège de la matière (III, 176 s.), ni l'esprit du droit romain primitif, où une formule spéciale devait exister pour chaque différent but à atteindre.

Entre toutes les formules on en pouvait donc choisir une quelconque. Mais dès le commencement de l'empire se manifeste un esprit de réaction contre les formules et l'on recherche avant tout, sous les paroles employées, l'intention qu'elles renferment.

Ce mouvement, qui se traduit déjà dans le sénatus-consulte Néronien, dans la suppression des formules des legs par Constantin (329, l. 21, *C. de legatis*), aboutit à la suppression de toutes les formules par l'empereur Léon en 469 (l. 10, C. *de contr. et com. stip.*)

Dès lors une interrogation en une forme quelconque, une réponse concordante au fond et continue, cela suffit pour réaliser une *adpromissio* réduite par suite à une seule forme. Cette forme, à peine est-il besoin de l'indiquer, c'est la fidéjussion, la plus parfaite. Une raison de bon sens qui s'impose est confirmée par la rubrique de tous les titres de Justinien (Inst. III, 20 dig., XLVI, 1, XXVII, 7, Code VIII, 41, II, 24, V, 57). Le mot *adpromissor* a lui-même à peu près disparu et ne se rencontre que trois ou quatre fois dans le digeste, où on lit toujours : *fidejussor*. Les formes *spondeo*, *fidepromitto*, sont d'ailleurs utilement employées. Seulement elles ne produisent plus les effets spéciaux attachés à leurs formules et elles ne valent que l'expression d'un consentement.

Le cautionnement a-t-il atteint son dernier degré de simplicité ? Régulièrement, oui. Mais les parties, comme en matière de stipulation, trouvent dans les règles sur la preuve un moyen d'éluder dans une large mesure les formalités exigées.

Qu'un écrit mentionne une promesse, il est présumé véridique et répare aussi bien les vices de forme d'une *adpromissio* qu'il supplée une *adpromissio* inexistante (Inst., § 17 *de int. stip.*, § 8 *de fid.*) Dans ce dernier cas, l'*adpromissor* a la ressource de prouver qu'il n'était pas en présence du créancier lors de l'engagement (l. 134, § 2, *de verb. obl.*; l. 1 C. *de contr. et com. stip.*) Justinien décide que si l'écrit porte indication du jour et du lieu du contrat, le débiteur ne pourra se soustraire au paiement que par la preuve de l'absence d'une des parties du

lieu indiqué pendant la journée entière, preuve qui ne peut résulter que d'un écrit ou de témoins au-dessus de tout soupçon (l. 14 *de contr. et com.*, C, § 12, Inst. *de int. stip.*) Le mensonge concerté devient donc inattaquable, pourvu que les parties aient, au temps indiqué, séjourné un instant de raison sur le territoire où l'écrit a été passé.

Cette théorie doit être complétée par quelques observations.

Les trois formules qui servent à réaliser une *adpromissio*, différentes par le verbe employé, se ressemblent par l'usage du même mot *idem* ou un équivalent.

Je dis : « ou un équivalent, » quoique le § 116 de Gaïus soit muet sur ce point. Il est évident, en effet, que le mot « *idem* » pouvait être remplacé par ceux-ci : « *eosdem aureos.* » Cette formule était même la seule compréhensible et devait être la seule usitée lorsque l'*adpromissio* intervenait quelque temps après la naissance de l'obligation principale.

C'est encore par l'emploi de ce mot *idem* que l'*adpromissio* se rapproche, quant à la forme, de l'*adstipulatio* et se distingue de la stipulation ordinaire.

La théorie de l'*adpromissio* constitue-t-elle une dérogation à la règle : « *Nemo alienum factum promittere potest ?* » Cette règle, envisagée dans les contrats de bonne foi, n'a d'autre sens que le suivant : l'obligation ne prend naissance que si le promettant a l'intention de s'obliger lui-même, intention qui doit toujours se présumer, d'après

le principe que les actes juridiques doivent plutôt recevoir l'interprétation avec laquelle ils peuvent produire leurs effets que celle qui les en laisse dépourvus.

Dans les contrats de droit strict, au contraire, il faut s'attacher rigoureusement aux paroles employées par les parties : elles sont réputées avoir voulu ce qu'elles ont dit. Or la formule de l'*adpromissio* contient-elle le nom du débiteur principal, ce qui, en général, n'est pas, elle ne manifeste pas moins énergiquement et par des paroles expresses que c'est l'*adpromissor* lui-même qui entend se lier (l. 65 *de fid.*)

La stipulation « *Spondeo me effecturum ut Titius det centum aureos* » serait encore valable, mais ne saurait constituer une *adpromissio* comme portant sur un fait et non sur une *datio*.

L'*adpromissio* est une promesse qui se réfère à l'objet d'une obligation antérieure, et à ce point de vue elle ressemble à la corréalité passive et à l'*expromissio* ou novation par changement de débiteur. Il faut donc que pour distinguer ces trois opérations juridiques, les Romains aient eu un criterium.

Dans l'ancienne Rome, il n'y avait pas d'acte de la vie civile pour lequel les jurisconsultes n'eussent composé une formule spéciale. D'après Varron, la formule variait suivant qu'on achetait un bœuf ou un veau. (*De re rust.* II, c. 5, n° 11.) A plus forte raison, devait-elle différer suivant les diverses natures d'actes juridiques.

Par une heureuse inadvertance, Justinien, le grand destructeur des formules, nous a conservé celle de la corréalité

passive (Inst. § 16, pr. *de duob. reis.* L. 4, *de duob. reis.)* Une interrogation étant adressée aux deux copromettants, ils répondent ensemble ou séparément, ou bien les deux interrogations précèdent les deux réponses ou la réponse unique simultanée. Si les demandes et les réponses se croisent, il est évident qu'on est en face de deux stipulations continues, mais distinctes.

La formule de la novation différait-elle de celle de l'*adpromissio ?* On a tout lieu de le croire, et Gaïus laisse assez clairement sous-entendre que le mot *idem* employé dans l'*adpromissio* était ici remplacé par le mot *id.* Une promesse conçue en ces termes : « *Quod Titius mihi debet, id tu mihi dare spondes* » est toujours présentée par les textes comme impliquant une novation (Gaïus III, 176).

La délégation qui se caractérise par l'emploi du mot *id* (§ 2, Inst. *de Mand.*) est assimilée à la *litiscontestatio*, où l'on voit, avec plus ou moins d'exactitude, une sorte de novation judiciaire (l. 22, § 2, *Mand.*, l. 8, § 4, ll. 27 et 32 *de nov.*)

Il est difficile que la diversité des formules exprime plus nettement la diversité des opérations juridiques. Lorsque les formules tombèrent en désuétude, la distinction dut devenir moins aisée. De là la théorie de l'*animus novendi*, inconnue de Gaïus et qui joue un grand rôle dans la législation de Justinien.

L'*adpromissio*, même sous la forme perfectionnée de la fidéjussion, restait toujours un contrat de droit strict ; elle en avait tous les inconvénients. La pratique fit admettre deux nouvelles formes de cautionnement n'exigeant que le

consentement et rentrant dans la catégorie des contrats de bonne foi. Ce sont le pacte de constitut et le *mandatum pecuniæ credendæ*.

2° — Pas plus que la stipulation, le constitut ne fut créé pour réaliser un cautionnement ; mais de bonne heure il parut un moyen commode d'y arriver. La date de sa naissance est incertaine ; toujours est-il qu'il existait au temps d'Auguste, puisque Labéon, contemporain de ce prince, s'en est occupé. Peut-être même est-il plus ancien ; la rigueur de ses règles primitives autorise cette pensée.

Justinien nous apprend (§ 8, *de act.* Inst.) que l'action de *constituta pecunia* ressemblait fort à l'action *receptitia* née du *receptum*. Nous avons fort peu de renseignements sur cette forme ancienne de contracter. On sait que le *receptum* était une opération de banque, et peut-être est-ce en se plaçant à ce point de vue que l'empereur découvre une analogie entre le *receptum* et le constitut, celui-ci n'ayant peut-être été que l'extension à tout genre de commerce de ce qu'on avait admis pour les banquiers. Quoiqu'il en soit, lorsqu'un banquier s'engageait conjointement avec un tiers, le *receptum* réalisait un cautionnement.

L'idée générale du constitut est la suivante : Une dette existant, une personne quelconque s'engage à la payer à la personne et à la date qu'elle désigne.

Quel motif poussa le préteur à le distinguer des autres pactes et à le munir d'action ? Ulpien se contente de cette raison qu'on ne doit pas manquer à la parole donnée. Cette expli-

cation qu'on serait parfois tenté de rejeter au premier abord comme trop générale, et devant, si elle était bonne, entraîner beaucoup plus loin, renferme cependant quelque chose de vrai, et c'est la seule qu'on puisse donner. De tous les pactes, s'il en est un que la bonne foi commande de respecter, c'est le pacte de constitut, parce qu'il vient se greffer sur une obligation antérieure, parce qu'il marque une volonté réitérée, enfin parce que le doute qui s'attache à l'intention des parties, manifestée sans formalités extérieures et qui explique peut-être l'inefficacité juridique des pactes nus, disparaît ici et fait place à la plus énergique précision.

L'existence du *receptum* comme précédent juridique put d'ailleurs contribuer à rendre le préteur audacieux, de même que la *prædiorum subsignatio* du droit public l'avait engagé à sanctionner l'hypothèque et à lui accorder un effet que n'eut jamais aucun contrat du droit civil, en en faisant une source de droit réel.

J'ai dit que le constitut n'avait pas été créé en vue de réaliser un cautionnement. Sa condition essentielle, la préexistence d'une dette, est exigée *in rem, generaliter* (l. 5, § 2, *de pec. const.*) ; de là plusieurs combinaisons se conçoivent. La moins fréquente, prévue cependant par les textes, est celle où le constitut est fait par le débiteur ou même par une tierce personne à un autre que le créancier. On réalise ainsi une novation par changement de créancier ou une *adstipulatio*.

Plus souvent le constitut intervient entre deux personnes dont l'une est déjà liée envers l'autre, soit que les parties

aient entendu remplacer l'ancienne action par celle qui naît du constitut, soit que ces deux actions coexistent, en sorte que le créancier puisse employer l'une ou l'autre, à son choix, sans jamais pouvoir, bien entendu, cumuler le bénéfice de chacune d'elles.

Enfin, le constitut fait au créancier par une personne autre que le débiteur peut réaliser un cautionnement. Je dis : « peut réaliser. » Rien ne s'oppose à ce que le constituant, qui peut fortifier l'obligation d'autrui en y ajoutant la sienne, ne veuille et ne puisse la supprimer. Un pacte puise toute sa force dans la volonté de ceux qui l'ont formé (ll. 8, 10, 25, 28, de pec. const., l. 59, *de sol.*)

L'opposition des textes, appartenant parfois au même jurisconsulte, nous prouve la vérité de cette assertion. Elle est d'ailleurs conforme à l'esprit de la jurisprudence qui, loin de restreindre les créations du préteur, cherchait à les étendre, à les généraliser.

Je ferai remarquer qu'aucun texte ne mentionne l'exception de constitut. C'était l'exception *pacti conventi* qui était invoquée au cas où les parties avaient voulu réaliser une novation. Peut-être n'est-il pas téméraire de conjecturer que si le constitut avait produit un effet exclusivement novatoire, l'attention du préteur étant concentrée sur ce seul point, une exception spéciale eût été créée.

Sans insister pour le moment sur les différences pratiques qui séparent le constitut envisagé comme mode de cautionner de la fidéjussion et qui apparaîtront au fur et à mesure de ces explications, je puis dire d'une manière générale que le constitut était plus simple en la forme et

par conséquent d'un usage plus facile, et ensuite que c'était un instrument de crédit plus parfait que le contrat *verbis*.

Il n'exige autre chose en effet que le concours de deux volontés ; or, deux consentements peuvent être échangés à distance ; voilà donc le cautionnement rendu possible entre absents. Ensuite il échappe à certaines règles rigoureuses du droit civil et à certaines restrictions arbitraires introduites par des lois spéciales. D'ailleurs on ne peut pas dire d'une manière absolue qu'il soit supérieur à la fidéjussion, et cette dernière forme de cautionner conserve même en face du constitut un intérêt réel. Seule, dans les premiers temps, elle s'applique aux dettes portant sur des choses non susceptibles de se peser, de se compter ou de se mesurer. L'action à laquelle elle donne naissance est toujours perpétuelle. Elle assure aux cautions le bénéfice de division, alors que celles engagées dans les liens d'un pacte de constitut n'en jouissent pas encore. D'ailleurs il est à remarquer que toutes les règles du constitut qui le distinguent de la fidéjussion sont en faveur du créancier.

3° — Un troisième mode de parfaire un cautionnement consiste dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, expression que l'on aurait tort de traduire par : mandat de prêter de l'argent, le mot *pecunia* désignant parfois tout objet *in commercio*, et le terme *credere* signifiant d'une manière générale : faire crédit, avoir confiance (ll. 1, *de reb. cred.*; 1, § 14, *depos. vel contr.*, Gaïus III, 124).

Le mandat est plus ancien que le constitut ; il figure sur

la liste des contrats du droit civil. Mais en tant qu'il est une application de ce contrat au cautionnement, il ne vient chronologiquement qu'en troisième lieu. La validité du *mandatum pecuniæ credendæ,* en effet, était encore en question au temps de Gaïus ; la validité paraît due à Sabinus, jurisconsulte de l'époque de Tibère.

Deux hypothèses sont possibles : ou bien un mandat a été donné en général, *in rem*, sans indication de personne, et alors le vague et l'indéterminé d'une telle proposition ne permettent de la considérer que comme un simple conseil ; ou bien la personne avec laquelle le mandataire doit contracter a été désignée, et c'est ici que Sabinus, meilleur analyste que Servius, qui ne pouvait voir en l'absence d'intérêt du mandant un mandat véritable se former, reconnaît au contraire un mandat parfaitement valable.

A vrai dire, il ne l'est pas par lui-même et par ses seules forces. Il serait inexact de soutenir que le seul fait de donner mandat dans l'intérêt d'un tiers m'oblige en qualité de *negotiorum gestor*, puisque l'intérêt que je peux avoir à l'exécution du mandat, condition essentielle de sa formation, ne résulte que d'un commencement d'immixtion. La vérité est que, de ce jour seulement, je deviens *negotiorum gestor* et mon droit d'action ne peut devancer mon intérêt.

A priori, l'on comprend que le *mandatum pecuniæ credendæ* doit avoir un certain nombre de règles qui lui sont propres et qui sont des conséquences de l'initiative du *mandator*. Cette initiative constitue à la fois pour cette forme de cautionner une supériorité et une infériorité. Il en résulte d'abord que le *mandator* sera, à certains égards, traité avec

moins d'indulgence que la caution intervenue après la naissance de l'obligation principale, et en cela le créancier y trouve son avantage. Mais, d'autre part, on voit immédiatement combien le champ d'application de cette nouvelle forme de cautionner doit être plus restreint que celui des deux autres. Elle ne peut en principe s'adapter aux obligations déjà nées : et même pour les dettes futures, comme elle implique la volonté du créancier, cette nécessité exclut toutes les obligations qui pourraient naître du fait du seul débiteur ou d'un certain état de choses prévu par la loi. Ainsi les trois modes de cautionnement avaient chacun, et suivant les points de vue auxquels on les envisage, leur utilité distincte, ce qui justifie leur coexistence.

J'ai énuméré les formes que peut revêtir le cautionnement. Je termine en énonçant quelques propositions qui vont préciser son caractère.

Le cautionnement est un contrat. Cette affirmation, rigoureusement vraie pour l'*adpromissio* et le *mandatum pecuniæ credendæ*, est légèrement inexacte en ce qui touche le constitut, lequel n'est qu'un pacte prétorien. Mais cette remarque offre peu d'intérêt.

A ce titre, le cautionnement pourra être pur et simple ou affecté d'une modalité quelconque. Ce principe doit cependant être combiné avec l'impossibilité où se trouve la caution d'être engagée *in duriorem causam* (l. 6, § 1, *de fid.)*

Réalisé au moyen d'une fidéjussion, d'un constitut ou d'un *mandatum pecuniæ credendæ*, il donne naissance à une action perpétuelle et transmissible. Cependant, anté-

rieurement à Justinien, l'action de *constituta pecunia* était annale dans quelques hypothèses particulières, celles peut-être où le constitut intervenait sur une obligation temporaire ou simplement naturelle.

Il est en principe sans limite dans son objet. Une loi *Cornelia* vint déroger à cette règle en ce qui concerne les *adpromissores*.

D'autre part, le cautionnement est un contrat accessoire. Des conséquences nombreuses en résultent quant à sa validité et à son extinction. Il peut être contracté dans un endroit autre que l'obligation principale. La caution pourra d'ailleurs être poursuivie tant au lieu de son engagement qu'en celui où s'est obligé le débiteur (ll. 49, § 2, 61, *de fid.*)

Un intervalle de temps peut les séparer. Le *mandatum pecuniæ credendæ* précède forcément l'obligation principale ; la préexistence de celle-ci est, au contraire, une condition essentielle de la validité du constitut. La fidéjussion peut la suivre ou la précéder ; il y a des difficultés en ce qui concerne la *sponsio* et la *fidepromissio*.

Ordinairement le cautionnement constitue un acte d'*intercessio*. L'intérêt pratique de cette remarque réside dans l'incapacité qui frappe les femmes et les esclaves de se porter *intercessores*. Les actes d'intercession donnent ouverture à une action en recours en faveur de l'*intercessor*.

L'*adpromissio* est unilatérale et de droit strict. Un seul promettant, un seul stipulant y figurent ; elle contient un élément autre que le simple consentement, les *verba*.

Le *mandatum pecuniæ credendæ* est synallagmatique et de bonne foi.

Quant au constitut, il ne rentre pas dans cette distinction applicable seulement aux contrats du droit civil. Sous certains rapports cependant, le constitut, modelé sur le *receptitium,* contrat assez rigoureux, se rapproche des contrats de droit strict.

Il entraîne la *sponsio dimidiæ pactis,* et à ce point de vue, il renchérit sur la *condictio certæ pecuniæ.* On remarquera ensuite que le juge ayant à apprécier un fait en lui-même très simple, doit avoir un droit d'examen peu étendu. Ce qui fait conjecturer que le défendeur, voulant invoquer une exception, doit la faire insérer dans la formule, et, d'autre part, que le demandeur est exposé au danger de la *plus-petitio.*

CHAPITRE II.

Conditions nécessaires à la validité du cautionnement.

Le cautionnement exige, pour être valable, les trois conditions suivantes : l'existence d'une obligation principale, généralement aussi celle d'un débiteur principal ; enfin une condition spéciale de capacité. Il faut en outre, si la caution s'est engagée *verbis*, d'abord que les règles spéciales à ce mode de contracter soient observées et ensuite qu'une certaine déclaration soit faite suivant les prescriptions de la loi *Cicereia*.

1° — La première condition n'a pas besoin d'être démontrée, et si je l'énonce, c'est que plusieurs règles importantes s'y rattachent. Une première particularité est relative à la *sponsio* et à la *fidepromissio*, formes que Gaïus assimile pour les opposer à la *fidejussio*, assimilation d'ailleurs exacte si l'on a soin de réserver au *sponsor* quelques faveurs spéciales (Gaïus, § 118). Or, en ce qui concerne les deux premières formes, un formalisme exagéré avait cru voir dans le mot *idem* l'exigence non-seulement d'une

identité d'objet, mais d'une similitude de formes, en sorte que la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient garantir que des obligations nées *verbis* (Gaïus, § 119).

Pour préciser, il faut se demander si elles accédaient valablement à toute obligation de ce genre, ou s'il ne fallait pas que l'engagement principal résultât d'une stipulation?

Pour exiger une stipulation, il y aurait une excellente raison, c'est que l'identité complète quant à la forme, jugée nécessaire, n'existe que dans ce contrat qui seul nous présente une interrogation suivie d'une réponse. D'assez bonne heure cependant on dut s'écarter de ce point de vue étroit. La loi 8, § 1 *(de op. lib.)*, relative au *jusjurandum liberti*, est formelle en ce sens, si l'on consent à remplacer le mot « *fidejubere* » par « *fidepromittere*, » changement qu'autorisent suffisamment l'habitude d'interpolation de Justinien en cette matière, et surtout l'existence du mot « *placet* » qui implique une controverse inapplicable à la fidéjussion.

Un doute et une solution analogues se rencontrent dans la loi 13 pr. *(de accept.)* à propos de l'*acceptilatio*, mode de libération spécial aux obligations *verbis*.

Il est naturel d'étendre, par un raisonnement *a simili*, cette solution à la *dictio dotis*. Et c'est très probablement ce qu'entend dire un texte qui a reçu des interprétations fort diverses (l. §, *de jure dot)*.

Une première explication donnée par les scholiastes des Basiliques semble être trop cherchée pour être exacte (Basil XIX, l. 51, sch. k. 2). L'intention de Paul serait de constater que le fidéjusseur est tenu *in solidum*, à la différence de la femme ou du tiers qui auraient promis la

dot à titre gratuit, lesquels jouissent du bénéfice de compétence et peuvent invoquer l'exception *ejus quod facere possunt.*

Cujas et Pothier pensent aussi à une antithèse, mais toute différente. Il est interdit à la femme ou à toute autre personne, créancière de la restitution de la dot, de recevoir du mari des fidéjusseurs. La réciproque n'est pas vraie, et le mari peut recevoir des fidéjusseurs pour la dot promise, soit de sa femme, soit à plus forte raison d'une personne quelconque (l. 1 et 2 C. *Ne fid. vel mand. dotis).*

Cette explication pourrait être adoptée si la mort de Paul n'était antérieure aux constitutions précitées qui datent des années 380 et 530.

Si l'on ne veut faire au jurisconsulte le reproche de dire une naïveté, il faut absolument corriger le texte et lire : « *Cum dotis causa aliquid dicitur, fidepromissor* ou *sponsor eo nomine datus, tenetur.* »

L'interpolation des textes et surtout le changement de ces expressions par celles que contient la loi 55, étaient familiers à Tribonien. Cette correction acceptée, on se retrouverait en face de la difficulté prévue par les lois 8, § 1, et 13 pr.

Il semble qu'avant le milieu du VIIe siècle, époque où apparaît la fidéjussion, les obligations nées en dehors des *verba,* c'est-à-dire dérivant d'un contrat se formant *consensu, re, litteris,* d'un délit, ou sanctionnées par le droit prétorien, ne sont pas susceptibles d'être cautionnées. Cette impossibilité n'est qu'apparente ; il y avait seulement une difficulté qu'une formalité de plus aidait à surmonter :

difficulté, formalité analogues à celles rencontrées et employées lorsqu'il s'agissait d'éteindre par acceptilation une dette qui n'était pas née *verbis*.

La novation, en effet, fournissait un moyen commode pour transformer une obligation quelconque en une stipulation, et rien ne pouvait dès lors faire obstacle à l'adjonction d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*, non plus qu'à l'emploi de l'*acceptilatio* (Gaïus III 170, *Inst.*, § 1, *quid. mod. obl. solv.*)

Cette nécessité donne même une excellente explication d'une singularité apparente du droit prétorien. Le préteur, lorsqu'il voulait faire naître une action, ne la créait pas toujours directement ; souvent il exigeait qu'une personne fît à une autre une promesse qui était généralement garantie par une caution.

Les hypothèses ne sont pas rares où l'édit ordonne à une personne déjà tenue *ex alia causa* de promettre et de donner caution. Donner caution ! à merveille ; mais pourquoi exiger une promesse de personnes déjà obligées, si ce n'est que la forme primitive de leur obligation ne pouvait supporter un engagement accessoire, et que l'accomplissement de la première volonté du préteur était le préliminaire obligé et la condition *sine qua non* de la seconde.

La *cautio legatorum* imposée à l'héritier grevé de legs à terme ou conditionnels et déjà tenu de la *condictio certi ex testamento ;* la promesse « *rem pupilli salvam fore* » que fournit le tuteur obligé de rendre compte par l'action *directa tutelæ*, pour ne nommer que celles-là, sont de remarquables exemples de stipulation prétorienne.

L'exigence d'une dette née *verbis* n'implique pas une dette civilement valable. C'est l'idée exprimée par Gaïus d'une manière un peu incorrecte (§ 119), mais au fond très exacte et dans un style tout à fait en harmonie avec celui des textes du digeste (ll. 108, *de verb. sign.*, 16, § 4, *de fid.*)

Gaïus fait l'application du principe qu'il pose à l'obligation de donner après sa mort qui, par suite d'une fausse analyse, avait paru contraire à la règle qu'une créance ou une dette ne peut naître directement sur la tête de nos héritiers ; puis, supposant une promesse fournie en la forme *spondeo* par un esclave ou un pérégrin, il se demande si un *sponsor* ou un *fidepromissor* peuvent y accéder, et il pose la question sans la résoudre.

Or, quelle est la valeur d'une promesse fournie par un esclave, de celle faite par un pérégrin en la forme *spondeo*? Elles peuvent avoir la force d'une obligation naturelle, mais à coup sûr elles ne valent pas comme contrats *verbis;* ces formules, dans la bouche de ces personnes, n'ont aucune portée spéciale et ne sont que l'expression d'un consentement ordinaire. Gaïus devait donc décider que de telles promesses ne pouvaient être garanties par un *sponsor* ou un *fidepromissor,* et telle est bien, en effet, l'idée qu'il exprime et que Justinien reproduit lorsqu'ils traitent de la novation (Gaïus III, 176, *Inst.* § 3, *quid. mod. obl. toll.*)

Ici se bornent les explications relatives à cette condition spéciale à la *sponsio* et à la *fidepromissio,* de la préexistence d'une obligation née *verbis.* Bien plus large et bien plus commode est la fidéjussion qui peut accéder à toute obliga-

tion. C'est le principe que pose Gaïus (119) dans un texte qu'une énumération incomplète pourrait faire passer pour inexact, si les premiers mots ne révélaient clairement la pensée de leur auteur et si la division de son ouvrage n'expliquait ses omissions. Gaïus ne parle pas des quasi-contrats ; du droit prétorien, il n'en est pas davantage question dans ses commentaires, et il n'aborde la théorie des délits qu'une fois celle des contrats entièrement achevée. On conçoit donc qu'il ait passé sous silence de tels faits générateurs des obligations. Aucun doute n'est d'ailleurs possible en présence de la formule générale donnée par Ulpien (ll. 8, § 6, 1, *de fid.*)

Peu importent donc la nature du fait qui donne naissance à l'obligation (l. 8, §§ 4 et 5, *de fid.*) ou la source du droit qui la sanctionne (§ 2, *eodem*).

Il ne faut pas se préoccuper non plus de l'énergie de cette obligation, et Gaïus nous dit que la dette d'un esclave peut être cautionnée [1] (§ 119).

Enfin l'on ne doit pas distinguer si l'obligation garantie est elle-même principale ou accessoire (l. 27, § 4, *de fid.*) Le garant de l'obligation principale et le sous-garant ne seront pas regardés, dans leurs rapports réciproques,

(1) Une particularité assez curieuse est relevée à ce sujet par la loi 70, § 3 *(de fidej.)* qui reconnaît à l'esclave lui-même, lié envers son maître, la faculté d'interroger le fidéjusseur qu'il veut faire accéder à son obligation. Il en serait tout différemment dans l'hypothèse où l'esclave, après avoir stipulé de son maître, voudrait se faire donner une caution pour fortifier la créance naturelle qu'il aurait acquise. Stipulant au profit de son propre débiteur, il tendrait à un résultat impossible (l. 56, § 1, *de fid.*)

comme des cofidéjusseurs, et dès lors ne participeront pas au bénéfice de division. Le premier fidéjusseur est vis-à-vis du second, *loco rei*. Cela est si vrai, que l'extinction de la fidéjussion principale entraîne celle de la sous-fidéjussion. Une telle conséquence n'est peut-être pas très rationnelle, ni surtout équitable ; mais elle découle tout naturellement du point de vue auquel se placent les jurisconsultes [1].

L'idée d'obligation accessoire implique une dette principale, mais elle n'implique pas une dette principale concomitante ; l'obligation de la caution peut fort bien suivre celle du débiteur principal, ou même la précéder, et telle est certainement la solution reçue en ce qui concerne la fidéjussion (§ 3 Inst *de fid.*) Un fidéjusseur peut donc garantir une dette future ou conditionnelle [2] (l. 6, § 2 *de fid.*; l. 35 *de jud.*)

---

(1) Telle est la solution donnée par Africain (l. 38, § 5, *de sol.*) La seule chose embarrassante dans ce texte est que le jurisconsulte supposant, à la place d'une garantie personnelle résultant de l'accession d'un sous-fidéjusseur, une sûreté réelle, maintient cette dernière malgré l'extinction de l'obligation du fidéjusseur. On est d'abord tenté de croire que l'obligation éteinte vaut encore comme dette naturelle. Mais cela étant, il devient impossible de ne pas maintenir la sous-fidéjussion. Il vaut mieux considérer comme logique son anéantissement, et trouver dans un autre ordre d'idées une explication du maintien de l'hypothèque. Peut-être les Romains voyaient-ils dans le droit réel quelque chose de plus distinct, de plus indépendant, de moins absorbé que l'obligation qu'il garantit. Plus exactement, peut-être, rattacherait-on la survivance de l'hypothèque à cette exigence de l'édit prétorien qui la maintenait tant qu'il n'y avait pas eu paiement ou autre satisfaction équivalente (l. 13, § 4, *de pign. et hyp.*)

(2) Si la fidéjussion est fournie pour une dette future, il va de soi que c'est sous la condition tacite de la naissance de cette dette. En sorte que l'obligation du fidéjusseur qui cautionne une dette future doit être regardée comme

Qu'en est-il, à cet égard, de la *sponsio* et de la *fidepromissio ?* Il est difficile de répondre avec précision. Justinien, dans le § 3, semble continuer le parallèle établi dans les paragraphes précédents et faire ressortir une antithèse. Je croirais volontiers pourtant qu'à l'époque de la loi *Cicereia*, la *sponsio* et la *fidepromissio* ne devaient pas être forcément contractées en même temps que l'obligation principale. Mais il serait téméraire d'affirmer que dès l'origine la dette accessoire pût précéder l'obligation principale. Cette idée de garantir une dette future n'est pas assez simple pour avoir été admise aux premiers temps.

Le constitut suit nécessairement et le *mandatum pecuniæ credendæ* précède l'obligation principale. Cependant un texte nous montre que, quant à ce dernier mode de cautionner, il en peut être autrement (l. 12, § 14 Mand). D'autre part, le *mandatum pecuniæ credendæ* ne s'applique pas à toutes les obligations futures. Si large que soit le sens des mots « *pecunia credita*, » toujours impliquent-ils des créances dont la formation suppose la volonté du créancier,

---

une obligation conditionnelle, ce qui conduira à ce résultat bizarre que, par la rétroactivité de la condition accomplie, la fidéjussion sera réputée avoir existé avant l'obligation principale (l. 13, §§ 8 et 9 *de accept.*) Un fidéjusseur a garanti des legs conditionnels ou la somme qui sera prêtée à Titius. Avant la réalisation de la condition apposée aux legs, avant la numération des espèces, une acceptilation est faite à la caution. Elle n'empêche pas le débiteur d'être plus tard tenu, si la condition se réalise. Mais la caution tenue d'une dette conditionnelle, qui par conséquent est censée avoir pris naissance du jour où elle a été contractée, se trouve libérée, parce que, à son égard, l'acceptilation a eu un objet.

ce qui exclut celles qui naissent *quasi ex contractu* ou *ex delicto*.

Exiger pour la formation de l'obligation accessoire l'existence d'une dette principale, c'est dire nécessairement que cette dette principale doit être valable. Car si elle est nulle, à tel point qu'elle n'ait même pas la valeur d'une dette naturelle, c'est comme si elle n'existait pas. D'ailleurs il ne faudrait pas croire que le fidéjusseur qui a accédé à une obligation naturelle puisse toujours être poursuivi. Souvent il profitera de l'exception qui compète au principal obligé, par l'excellente raison que, poursuivi, il aurait lui-même un recours contre la personne que la loi veut protéger (l. 9, § 3, *ad sel Maced*). Cependant une solution contraire doit être admise en ce qui concerne le *mandator pecuniæ credendæ* dans tous les cas où, mandant du créancier, il n'est pas mandataire du débiteur ; et par exemple, dans l'hypothèse où il aurait eu l'initiative d'un prêt d'argent consenti à un fils de famille, l'exception du sénatusconsulte ne lui compète pas. Son recours en est, en effet, la condition. Or, dans l'espèce, le *mandator* n'a pas l'action *mandati*, puisqu'il n'est pas mandataire, ni l'action *negotiorum gestorum contraria ;* car on ne peut pas dire qu'il y ait eu gestion utile. Généralisant, je dirai que la caution peut être poursuivie toutes les fois qu'elle n'est pas armée d'un recours, soit qu'elle ait cautionné *animo donandi* ou que, garantissant la dette d'un mineur, elle ait eu l'intention, qui d'ailleurs se présume, de prendre à sa charge non-seulement les risques de l'insolvabilité du débiteur, mais

encore ceux résultant de son état de minorité (l. 13 *pr. de minor.* Paul Sent. I, 9, 6.)

Je termine en indiquant une obligation qui, susceptible d'être cautionnée à l'époque classique, ne peut absolument être garantie aux termes d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodore, reprise et complétée par Justinien (Gaïus III, 125, ll. 1 et 2, *C. ne fid. dent.*) Justinien commente l'œuvre de ses prédécesseurs d'une manière assez plaisante : « Qui a confiance pour soi-même, dit-il, ne doit rien craindre pour sa dot. » Les empereurs n'auraient-ils pas plutôt voulu empêcher que la moitié de l'empire ne devînt la caution de l'autre ?

A l'étude de cette règle : l'obligation accessoire suppose une obligation principale, je rattacherai trois propositions relatives à l'identité d'objet des deux dettes, à l'impossibilité pour la dette accessoire d'être contractée *in duriorem causam*, enfin à la limitation du chiffre de l'*adpromissio* introduite par la loi *Cornelia*.

A. — Que l'obligation de l'*adpromissor* doive être identique à celle du *reus*, l'emploi du mot *idem* ou d'une expression analogue l'indique assez clairement et les textes en concluent que la caution qui a promis *aliud* n'est pas obligée (l. 42 *de fid.* [1]).

(1) Javolenus, après avoir donné le véritable motif de sa décision, invoque une seconde raison qui ne signifie rien : l'argent, dit-il, ne s'estime pas en marchandises comme les marchandises s'apprécient en argent. De là on arriverait tout naturellement à dire qu'on cautionne valablement en argent une dette ayant n'importe quel objet. Cette solution, qui serait peut-être très rationnelle, est évidemment inadmissible.

La loi 38 pr. *(de fid.)* fait l'application de cette règle lorsque supposant une obligation alternative et le choix laissé au débiteur, elle décide que le fidéjusseur ne peut avoir le droit d'option. Il devra consulter le débiteur principal et payer suivant ses indications. C'est qu'en effet, choisissant l'objet que le débiteur principal ne veut pas payer, son obligation aurait en définitive un objet différent et surtout, privant le débiteur du droit d'option qui lui appartient, il pourrait aggraver sa position.

Le principe de l'identité d'objet semble se heurter à une difficulté insurmontable lorsque l'objet de la dette consiste dans un fait ou dans une abstention.

Entre une *datio* et un fait, il y a cette différence naturelle que la *datio* conserve la même nature, quels que soient celui qui l'accomplit et celui qui la reçoit. Au contraire, le fait de l'un n'est pas le fait de l'autre ; fourni à telle personne, il n'a pas la même importance que fourni à telle autre.

Il est plus que probable que les Romains avaient déduit de cette idée exacte en elle-même deux conséquences très rigoureuses : l'obligation de faire devait s'éteindre par la mort du stipulant ou du promettant ; elle ne pouvait jamais être exécutée que par celui qui l'avait contractée. L'authenticité de ces décisions résulte très nettement d'une constitution de Justinien qui déclare abolis les errements du passé, et on en retrouve encore quelques vestiges dans le digeste (l. 13 *C. de contr. et com.*, l. 31 *de sol.*)

Ceci posé, comment une caution peut-elle garantir une obligation consistant *in faciendo* ou *in non faciendo* ? Il

est certain que si elle est interrogée en ces termes : *spondes te facturum*, sa promesse n'a pas le même objet que l'obligation principale, et si elle promet, *Titium facturum*, elle promet le fait d'autrui (l. 65 *de fid.*) La caution pouvait être interrogée en ces termes : *factum quod Titius spopondit, fide tua jubes ?* Elle pouvait aussi promettre directement la somme à laquelle le débiteur principal pouvait être condamné en cas d'inexécution (l. 44 *de fid.*)

L'identité des deux obligations peut n'être que partielle, c'est-à-dire que la caution peut promettre moins que le débiteur principal, pourvu qu'elle ne promette pas autre chose (l. 9 *de fid.*) Souvent la distinction sera très délicate et il sera difficile de savoir si un objet est compris dans un autre ou en est distinct. Ainsi l'obligation du *reus*, ayant pour objet un fond, est-ce que celle de la caution pourra porter sur l'usufruit de ce même fond ? Il est incontestable que mon fond, bien que grevé d'un usufruit, m'appartient tout entier ; l'usufruit n'est qu'une charge, une servitude, on ne peut pas dire en ce sens que ce soit *pars rei* (l. 25 *pr. de verb. sign.*) Et cependant l'usufruit ne renferme rien que la propriété ne contienne ; c'est la propriété, moins quelque chose ; ainsi Gaïus admet avec raison que le fidéjusseur est obligé (l. 70, § 2 *de fid.*)

La règle de l'identité d'objet fléchit dans le cas de *fidejussio indemnitatis*, sorte de fidéjussion conditionnelle où le mot *idem* a disparu de la formule pour faire place à ceux-ci : « *Quanto minus a Titio consecutus fuero.* »

Est-elle applicable au constitut ? On compare parfois le constitut au payement, et ce rapprochement assez singulier

entre un fait juridique qui confirme une obligation et celui qui l'éteint n'a d'autre cause que l'identité de leur objet. Faire un constitut, c'est s'engager à payer, et comme payer c'est acquitter l'objet de l'obligation, le constitut doit avoir le même objet que l'obligation préexistante ; c'est ce qui nous explique la validité du constitut dont l'objet n'a pas été déterminé (l. 14 *pr. de pec. const.*) Lorsque la *datio in solutum* fut regardée comme équivalente au payement, le constitut put porter sur autre chose que ce qui était dû (l. 1, § 5 *de pec const.*) Mais il me semble qu'il réalisait alors une novation et non un cautionnement. Telle est du moins l'interprétation qu'il faudrait présumer (l. 25 *pr. de pec. const.*) Car si l'intention de cautionner est certaine, il n'y a pas de raison pour la méconnaître. On ne peut conclure par analogie des règles de l'*adpromissio* à celles du constitut. De même qu'un tiers pouvait valablement payer pour un tiers un objet autre que l'objet dû, il devait aussi promettre valablement de faire ce paiement.

La règle qui nous occupe est étrangère au *mandatum pecuniæ credendæ* où l'obligation du mandant se borne à indemniser le mandataire des conséquences préjudiciables qui peuvent résulter pour lui de l'accomplissement du mandat. L'action *mandati contraria* aura donc pour objet : « *Quidquid paret ex bona fide dare, facere oportere.* »

B. — A cette première règle s'en rattache une autre qui la complète, commune à toutes les formes de cautionnement et dont la violation entraîne un résultat différent, suivant que le cautionnement est réalisé par voie d'*adpro-*

missio ou bien au moyen d'un constitut ou d'un mandat. Les jurisconsultes l'expriment ainsi : la caution ne peut être engagée *in duriorem causam* [1] (Gaïus III, 126).

Cette règle doit s'entendre de la manière la plus large et signifie qu'en aucun cas l'obligation de la caution ne peut être, par suite d'une circonstance quelconque, plus étendue ou plus onéreuse que celle du débiteur principal. Ce principe n'infirme en rien la possibilité de fortifier par un engagement accessoire une obligation dépourvue d'action. Ce qu'il faut ici considérer, c'est l'obligation en elle-même, sa nature, sa gravité, telles qu'elles résultent de la convention ; nullement sa sanction et sa force.

Il est difficile de préciser en quelques formules l'étendue et les conséquences de ce principe. Les doutes qui pourraient surgir sont prévus par des textes ; leur examen sera, je crois, le meilleur moyen d'exposer cette théorie.

D'abord il n'est pas douteux que la règle ne commence à recevoir son application que lorsqu'elle est enfreinte dans une obligation par elle-même valable. Si l'*adpromissor* contracte une dette plus onéreuse que le débiteur principal, par suite d'une modification qui est son œuvre, l'interrogation qui lui est faite étant parfaitement identique à celle adressée au débiteur, son obligation est nulle pour défaut de concordance entre la demande et la réponse.

---

(1) Cette règle, jointe à celle de l'identité d'objet, nous explique que l'obligation de l'*adpromissor* soit *certa* par cela seul que l'obligation du *reus* présente ce caractère (l. 75, § 6 *de verb. obl.*)

Notre règle est étrangère à cette espèce (Gaïus III, 102, § 5 *Inst. de in. stip.*)

L'hypothèse la plus simple où la règle est violée, est celle où la dette de la caution surpasse en quantité celle du débiteur principal. C'est ainsi que le fidéjusseur qui entend garantir l'obligation *de peculio* qui est à la charge du maître ne peut être poursuivi que dans les limites du pécule. Si c'est l'obligation naturelle de l'esclave qu'il cautionne, il est tenu *in solidum* (l. 35 *de fid.*)

Il y aurait *durior causa* à raison du lieu désigné, dans deux hypothèses fort simples, soit que la caution eût promis d'effectuer le paiement dans un endroit déterminé, alors que le débiteur a la faculté de se libérer où il veut ; soit que la caution eût indiqué une ville plus éloignée que celle où doit payer le débiteur (l. 16, §§ 1 et 2 *de fid.*)

Le temps peut être une circonstance aggravante de l'obligation, si le terme accordé au débiteur est plus éloigné que celui dont jouit la caution et, à plus forte raison, si l'obligation de cette dernière est pure et simple (l. 16, § 5 *de fid.*)

La caution ne peut être forcée de payer au créancier lui-même lorsque le débiteur peut se libérer entre les mains d'un *adjectus solutionis gratia* (l. 34 *de fid.*) ; et si l'obligation est alternative, le choix ne peut appartenir au créancier dans ses seuls rapports avec elle (l. 8, § 9 *de fid.*)

Dans les obligations alternatives, la dualité d'objets *in obligatione* fait naître quelques difficultés. Ainsi l'obligation du débiteur portant sur *Stichus*, celle de la caution porte

sur *Stichus aut decem*. La règle est violée, dit Julien (l. 8, § 8 *de fid.*) Car *Stichus* peut mourir, le débiteur être libéré s'il n'est pas *in mora* et pourtant la caution reste obligée. Le débiteur a des chances de libération ; elle n'en a aucune.

Marcellus arrive à la même conclusion que Julien, mais par une autre voie. La règle d'identité d'objet lui semble méconnue dans cette hypothèse et voilà pourquoi il décide que le débiteur étant obligé à dix et la caution à dix ou à *Stichus*, le cautionnement n'est pas régulier, bien que la condition de la caution ne soit pas plus onéreuse que celle du débiteur principal et soit même plus douce.

Cette manière de raisonner me paraît défectueuse. L'objet de la dette primitive se retrouve dans l'engagement de la caution ; l'objet qu'elle a la faculté de payer n'est pas *in obligatione* et enfin une *facultas solutionis* est une faveur.

Dans la loi 34 *(in fine)*, Paul suppose une dette alternative portant sur deux corps certains. L'obligation du fidéjusseur est limitée à un des deux objets. Le jurisconsulte trouve que sa position est *levior*, car sa libération est plus facile que celle du débiteur principal. C'est la seule question qui le préoccupe et qu'il résolve ; quant à celle de la non-identité d'objet, il ne la soupçonne même pas.

Il y a plusieurs hypothèses où l'on ne peut savoir immédiatement si le cautionnement est ou n'est pas contracté *in duriorem causam* et où sa validité demeure *in pendenti*.

Tel est le cas où le débiteur s'est engagé sous une condition et la caution sous cette condition ou sous une autre.

Pourtant la réalisation de l'obligation accessoire est plus probable que celle de la dette principale. Malgré cela, le cautionnement est validé si la condition commune se réalise la première (l. 70 *pr. de fid.*)

Cette décision est reproduite dans le § 1er pour l'hypothèse où le débiteur principal et la caution sont obligés l'un et l'autre, sous une condition unique, mais différente. La condition apposée à l'obligation du débiteur principal se réalise-t-elle, on se trouve en présence d'une dette pure et simple garantie par une fidéjussion conditionnelle. Le résultat contraire se produit-il, le fidéjusseur n'est pas tenu ; il ne peut devoir immédiatement ce que le débiteur doit sous condition.

Il me semble qu'il faudrait, dans des hypothèses de ce genre, pour savoir si la règle est ou non violée, considérer si, au moment où l'obligation est contractée, la caution a plus ou moins de chances d'être tenue que n'en a le débiteur principal, au lieu de s'attacher au hasard de l'arrivée de l'une des conditions avant l'autre.

Cependant, dans l'hypothèse où le débiteur est obligé sous une condition et la caution sous une autre, il est assez difficile de savoir si la situation de l'un est plus dure que celle de l'autre et de faire le calcul des probabilités. C'est dans cette hypothèse que la doctrine des jurisconsultes se comprend le mieux.

La règle qui nous occupe tient à la nature même du cautionnement, au caractère accessoire de l'engagement ; c'est une règle de fond. Aussi est-elle applicable au constitut et au *mandatum pecuniæ credendæ*. Il est de toute

évidence que le mandant ne pouvait être engagé au-delà des termes du mandat par lui donné, comme aussi son obligation se limitait à la consistance de la somme réellement prêtée, dans le cas où elle aurait été inférieure à celle dont il garantissait le remboursement (l. 22, code *de fid.*) Et quant au constitut, les textes sont très formels pour nous dire que, fourni pour un chiffre supérieur à celui de la dette préexistante, il est réduit dans la mesure de celle-ci, et que, pur et simple, ou à terme, il est affecté de la même condition dont dépend cette obligation (ll. 11, §§ 1, 12, 19, *pr. de pec. const.*) Telle était la solution admise en ce qui concerne l'exercice de la *condictio indebiti* (l. 26, §§ 4, 5 et 6 *de cond. ind.*)

Cette réduction très simple à opérer, lorsque le constitut portait sur des choses fongibles, l'était beaucoup moins lorsque le constitut avait un objet autre que celui de l'obligation principale et d'une valeur plus grande. Cependant il me semble que même dans cette hypothèse, c'eut été méconnaître l'intention des contractants et le caractère de bonne foi du pacte de constitut que de ne pas le maintenir ; et tant que la condamnation dût porter sur une somme d'argent, cela ne pouvait avoir aucun inconvénient.

La réduction de l'engagement accessoire exagéré, voilà donc la solution admise lorsqu'il est réalisé par un *mandatum pecuniæ credendæ* et un constitut, et c'est celle d'une législation rationnelle. Mais lorsqu'il s'agit d'une *adpromissio,* contrat de droit strict, la sanction de la règle consiste dans la nullité de l'obligation contractée *in duriorem causam.*

Cette doctrine a été très contestée, surtout par les interprètes antérieurs au Code civil. A une époque où le droit romain vivait encore en France, les jurisconsultes sentaient le besoin d'échapper à une conséquence qui froissait l'équité. Dumoulin était partisan du système de la réduction, et Pothier l'admettait en droit français, tout en reconnaissant que la nullité était la solution romaine.

Les textes, en effet, ne permettent pas d'en douter (l. 8, § 7, *de fid.*) Aussi la doctrine dissidente est-elle obligée de corriger cette loi qui la contredit manifestement. Le mot *non* qui affecte le verbe *obligari* est changé de place et transporté avant *omnino;* en sorte que le texte qui signifiait « il n'y a pas d'obligation du tout, » se trouve vouloir dire « il n'y a pas d'obligation pour le tout. »

Mais la même solution se trouve reproduite à la fin du même paragraphe ; c'est pourquoi l'on propose de restreindre le système de la réduction aux *adpromissiones* rendues plus onéreuses à cause de leur objet seul.

Sans m'arrêter à cette distinction, je dirai que le texte des basiliques sur lequel on fonde la correction précitée, la condamne tout-à-fait. Les mots ουδεν ολως, à en croire l'affirmation des hellénistes les plus autorisés, sont synonymes de : « *nullo modo.* »

Dira-t-on qu'il y a nombre d'hypothèses où le droit romain réduit et n'annule pas, et qu'il en est ainsi, par exemple, lorsque le taux légal de l'intérêt a été dépassé ? Cela est vrai ; mais il n'y a là autre chose que l'application des règles relatives à la *condictio ex injusta causa.*

L'argument qu'on prétend tirer de la loi *Falcidia*, où les legs sont réduits jusqu'à due concurrence, manque également de portée. La loi *Falcidia* voulait, en réservant une certaine quotité de biens à l'héritier, empêcher le défunt de mourir *intestat;* elle ne voulait pas nuire aux légataires. Une telle pensée devait être bien éloignée d'une législation qui professait le plus grand respect pour la volonté des mourants. L'annulation aurait d'ailleurs entraîné les plus graves conséquences à une époque où le testament ne pouvait être refait, au lieu que la nullité d'une fidéjussion était un mal réparable.

On dit encore que, à l'époque de Justinien, la donation non insinuée est nulle, seulement pour ce qui excède la somme de 500 solides. Mais on ne peut sérieusement songer à interpréter une législation formaliste en s'inspirant d'une décision donnée par le principal destructeur du formalisme.

Il y a des raisons plus sérieuses et qui s'appuient sur des textes. On combine la loi 11, § 1 *(de pec. const.)* avec la loi 8, § 7 *(de fid.)* La dernière, dit-on, réserve le même sort à toute dette accessoire plus onéreuse que la dette principale, et ce sort c'est la réduction, comme nous le montrent les textes relatifs au constitut.

C'est être audacieux que de conclure des règles du constitut à celles de la fidéjussion. Création du pur droit civil, celle-ci était soumise aux rigueurs d'un formalisme étroit. Le pacte de constitut était une création du préteur ; une part y était faite à l'équité et à la bonne foi, aussi les différences ne manquent pas entre les deux institutions. Il est bien plus naturel d'appliquer les différents textes aux espèces

pour lesquelles ils ont été écrits, et il ne faut pas s'étonner que le constitut soit soumis à des règles moins rigoureuses que l'*adpromissio*, puisque c'est peut-être le désir de créer une institution plus équitable qui détermina le préteur à tirer le constitut de la foule des pactes et à le munir d'action.

Le meilleur raisonnement qu'on ait peut-être fait à l'appui de la doctrine que je combats, a été déduit de la loi 33, *Mandati*. Il repose d'ailleurs sur une équivoque. Voici l'hypothèse qui est prévue : débiteur de vingt, je prie Titius de cautionner ma dette, et Titius, trop zélé, promet vingt-cinq. Telle est la manière dont on présente le texte. Or elle est légèrement inexacte. Le jurisconsulte ne se préoccupe pas du chiffre de la dette et il ne compare pas le chiffre de l'obligation principale à celui de l'obligation accessoire. Il n'a en vue qu'une question de mandat, et les sommes mises en parallèle sont : d'une part, celle qu'il a donné mandat de promettre, et, d'autre part, celle qui a été réellement promise. Le débiteur pouvait très bien avoir donné mandat de cautionner une partie de la dette et le mandataire, tout en excédant le chiffre convenu avec le mandant, ne pas excéder le montant de l'obligation principale. Ainsi entendu, le texte n'offre plus aucune difficulté.

C. — La dette accessoire a pour limite naturelle l'étendue même de la dette accessoire. Indépendamment de cette limitation qui tient à la nature même du cautionnement, il en existe une autre tout à fait arbitraire. Elle résulte d'une loi *Cornelia* (673) aux termes de laquelle les engagements

pris par un *adpromissor*, en faveur d'un même débiteur, vis-à-vis d'un même créancier et dans la même année, ne peuvent dépasser la somme ou valeur de vingt mille sesterces [1] (Gaïus III, 124).

La défense s'adresse à toute caution qui veut s'engager *verbis*. D'une part, en effet, l'antithèse établie par le texte de Gaïus entre la loi *Cornelia* et la loi *Cicereia* ne permet pas de douter que la première fut applicable à la fidéjussion, et à l'inverse, il est certain qu'elle était étrangère au constitut et au *mandatum pecuniæ credendæ*. A l'époque où elle fut rendue, ces deux formes de cautionnement n'étaient pas encore munies d'action. Le silence de Justinien à l'égard de la loi *Cornelia* fait présumer qu'elle n'eut pas une longue existence, et c'est pourquoi, sans doute, le constitut et le *mandatum pecuniæ credendæ* furent soustraits à son influence.

Les conditions apportées à cette nouvelle limitation se comprennent aisément. Relativement à la condition de temps, on remarquera qu'il ne s'agit pas de l'année du calendrier ; il faut qu'il se soit écoulé un an depuis la précédente *adpromissio*.

Gaïus indique lui-même le sens des mots *pecunia credita*. Il est aussi large que possible. *Pecunia* veut dire toute *res in commercio ; creditum* embrasse toutes les obli-

(1) C'est le sestertius, valant vingt centimes de notre monnaie, et non le sestertium, monnaie de compte ayant une valeur vingt fois supérieure, dont il est ici question. Autrement la loi n'aurait aucune utilité.

gations contractuelles et même certaines obligations nées *quasi ex contractu*, comme la gestion d'affaires, et pour poser un principe : celles qui impliquent une certaine confiance chez le créancier envers son débiteur.

La loi est donc inapplicable à beaucoup d'obligations nées d'un fait analogue à un contrat et à toutes celles qui se rattachent à un délit ou un quasi-délit.

Les dettes conditionnelles restent également en dehors de la loi *Cornelia* (Gaïus 124).

La sanction est incertaine et dépend de la manière dont on restitue les mots restés illisibles dans le § 124. Suivant qu'on lit : « *non tamen tenebitur* » ou « *dumtaxat XX tenebitur*, » on conclut à la nullité ou à la réduction de l'*adpromissio*.

Cette dernière solution, plus conforme à l'équité, me semble aussi la plus probable. On m'objectera peut-être qu'elle est peu en harmonie avec celle que j'ai donnée à propos de la fidéjussion contractée *in duriorem causam*. Je pourrais me borner à répondre que dans l'hypothèse actuelle nous n'avons pas de textes, tandis qu'ils étaient très formels sur la sanction du mépris de la règle précédente. Ensuite il n'y aurait peut-être pas lieu de s'étonner trop de cette différence de sanction si l'on réfléchit que la règle en vertu de laquelle la caution ne peut devoir plus que le débiteur principal se rattache à la règle de l'identité d'objet, règle naturelle dérivant du caractère même du cautionnement et que des jurisconsultes formalistes ont pu facilement interpréter d'une manière étroite et trop rigoureuse. Ici il y a violation non pas d'une règle de droit,

mais d'une loi tout-à-fait arbitraire, faisant ce qu'elle veut, comme les lois *Cincia*, *Falcidia*, les lois sur l'usure, sur l'insinuation des donations, et qui, ne trouvant pas d'inconvénient dans un cautionnement limité, ne doit pas admettre une nullité absolue. Au reste, ce n'est qu'une hypothèse.

L'étude des conditions de la loi *Cornelia*, l'époque où elle fut rendue, ne permettent guère de se tromper sur les motifs qui l'ont fait édicter. Si au premier coup-d'œil on est tenté d'y voir une mesure de protection en faveur des *adpromissores*, un moyen d'empêcher ces mouvements irréfléchis qui imposent de lourdes charges, un peu d'attention démontre aisément qu'on n'est pas dans l'esprit du temps qui la vit naître.

Loin de protéger la plèbe, dont les dettes s'élevaient rarement au taux relativement élevé établi par la loi, elle n'était gênante que pour les grosses dettes, comme celles de César qui, plus tard, furent cautionnées par des moyens imaginés pour éluder la loi. Elle était donc conçue dans un esprit de réaction aristocratique, et si elle protégeait, c'était non les *adpromissores*, mais les débiteurs, dont elle voulait éviter la ruine en limitant leur crédit. La réunion des conditions exigées par cette loi laissait encore à la caution plus de latitude qu'il n'en fallait pour contracter des obligations au-dessus de ses forces. Il serait d'ailleurs surprenant qu'une loi portée par Sylla fût favorable à la plèbe.

En vain l'on prétend que le débiteur échappera facilement à cette protection en fournissant plusieurs *adpromissores*, car tel peut trouver aisément un *adpromissor*

pour le tout qui ne pourra en fournir plusieurs pour parties, et, en outre, il n'est pas indifférent pour le créancier d'avoir un seul débiteur accessoire ou d'en avoir plusieurs, ce qui entraîne des complications de procédure et surtout une division des responsabilités dont il peut ne pas se soucier.

Certaines obligations sont en dehors de la sphère d'application de la loi *Cornelia*. Gaïus en cite quatre (III, 125), et malgré l'expression un peu ambigüe dont il se sert, comme on est au siège de la matière, il est probable que ce sont les seules. L'*adpromissio* est donc valable *in infinitum* dans quatre hypothèses, dont trois sont prévues par la loi *Cornelia* elle-même et la dernière par la *lex vicesima hereditatum*.

La première exception a lieu à propos de la dot. Gaïus fait-il allusion au cautionnement fourni par la femme ou le tiers, débiteur de la dot? Vise-t-il la garantie donnée par le mari, débiteur éventuel de la dot? Ce dernier sens est le plus probable ; il porte une moindre atteinte à l'esprit de la loi, l'obligation qui a pour objet la constitution de dot étant celle qui a besoin d'être la plus fréquemment cautionnée. La constitution de Théodore serait donc une innovation.

La seconde exception a trait à la dette résultant d'une hérédité testamentaire où l'acceptation du légataire implique un *creditum*. Cette décision, qu'on dut étendre dans la suite à la dette résultant d'un fidei-commis, se justifie par cette considération qu'il n'y a pas ici un débiteur dont il importe de limiter le crédit, mais au contraire une per-

sonne digne de toute faveur auquel on doit accorder toute liberté à raison des lourdes charges que le testament peut lui avoir imposées.

Lorsque la *satisdatio* est imposée par l'autorité du *judex*, et ce mot peut s'entendre aussi du prêteur, car il est pris parfois, et surtout dans le langage de l'ancien droit, dans un sens très large, l'*adpromissor* garantit l'obligation principale tout entière.

Enfin l'on sait qu'une loi rendue sous Auguste avait établi un impôt de 5 0/0 sur toutes les successions autres que celles dévolues aux *sui heredes*. Il est probable que, sous certaines conditions, le fisc consentait des attermoiements aux débiteurs de cet impôt, alors admis à fournir des *adpromissores* pour la totalité de la somme due.

2° — Une dette principale est nécessaire à la validité du cautionnement. Suivant la forme en laquelle il est fourni, une condition de plus est exigée : l'existence d'un débiteur principal. C'est une conséquence que la grande subtilité des Romains avait tirée de cette idée que le cautionnement est un bon office, un service d'ami, et que l'on ne rend pas un service *in rem*. On avait oublié que ce bon office s'adressait aussi bien au créancier qu'au débiteur. Quoi qu'il en soit, c'est un exemple de plus à citer de la rigueur exagérée avec laquelle les jurisconsultes déduisaient les conséquences d'un principe une fois posé. Il y a là quelque chose d'un peu analogue à la prohibition des legs *nomine pœnæ*.

L'exigence de cette nouvelle condition ressort de la loi 22 *(de fid.)* Assurément ce n'est pas de la solution donnée par ce texte que j'argumente, puisqu'il conclut à la validité du cautionnement, mais du motif même invoqué, à savoir que l'hérédité est une personne morale, ce qui laisse sous-entendre que l'obligation accessoire ne pourrait vivre sans le secours de cette fiction [1]. D'où il faut conclure que la répudiation de l'hérédité, faisant évanouir la fiction de personnalité, fait tomber avec elle la fidéjussion.

Les textes nous présentent plusieurs applications de la même idée. Ainsi, qu'un fidéjusseur garantisse la dette d'un captif. De deux choses l'une : ou le captif meurt chez l'ennemi, et en vertu de la fiction de la loi *Cornelia de falsis*, l'époque de sa mort étant réputée celle de sa captivité, la fidéjussion a le même sort qu'au cas de répudiation de l'hérédité, ou bien le captif revient dans sa patrie et le *jus postliminii* permet de considérer la fidéjussion comme valable.

Il y a certains faits desquels on dit avec raison qu'ils font sortir une personne du rapport juridique plutôt qu'ils n'éteignent l'obligation. Telle est, par exemple, la *capitis-*

---

(1) A l'hérédité, le texte assimile le municipe, la décurie, la société. On ne sait trop si Florentinus fait allusion à la décurie de juges ou à la subdivision de l'ancienne curie.

Quant à la société, on est à peu près d'accord pour reconnaître que la personnalité morale lui fait défaut toutes les fois qu'elle ne se rattache pas à un intérêt d'ordre public. Aussi cette fiction est admise en faveur des sociétés de publicains, de celles qui exploitent des mines d'or ou d'argent, des salines (l. 59 *pr. pro socio.*)

deminutio. Les textes nous disent qu'elle éteint l'obligation, mais ils ajoutent : *contra eum*. Ce n'est pas, à proprement parler, qu'il n'y ait plus de dette, mais il n'y a plus de débiteur. Il s'ensuit que l'obligation du *capite minutus* ne peut plus être cautionnée (l. 47 *pr. de fid.*), à moins cependant qu'un codébiteur n'existe pour lequel l'obligation accessoire sera contractée (l. 19 *de duobus reis*).

Mais, bien entendu, le cautionnement fourni avant la *capitis-deminutio* reste valable, car on s'attache uniquement au moment où l'obligation accessoire est contractée (l. 20 *C. de fid.*)

Au reste, rien n'empêche la personne qui se trouverait tenue pour avoir recueilli le patrimoine du *capite minutus* de faire garantir sa dette par un fidéjusseur.

Un dernier exemple mettra en relief la règle dont il est question. Un fils de famille a contracté une obligation, il aurait pu la faire garantir par une caution, il ne l'a pas fait, et il meurt. Est-ce que la dette qu'il a contractée pourra être cautionnée ? Julien décide que non, parce qu'il ne subsiste ni obligation civile ni obligation naturelle (l. 18 *de set Mac*).

Cette décision on ne peut plus juste est assez mal motivée. Le fils de famille a contracté une dette civilement valable, bien que la place même occupée par le texte éveille immédiatement l'idée d'une obligation contractée au mépris du sénatus-consulte macédonien. La fin du texte, en effet, supposant le père tenu de *peculio*, prouve qu'il se place tout-à-fait en dehors de cet ordre d'idées. La vérité est qu'il y a bien une dette, mais que le débiteur fait défaut. Le fils

de famille, sauf le cas où il aurait testé sur son pécule *castrense*, faculté qui lui appartient à partir du règne d'Adrien, ne laisse point d'hérédité et les dettes qu'il aurait contractées ne résident sur la tête de personne.

Si de l'*adpromissio* je passe au *mandatum pecuniæ credendæ*, je constate forcément l'existence de ce même principe voulu par la nature des choses. Il va de soi que le mandat s'évanouira si le mandataire ne trouve pas à traiter avec le débiteur, avec la personne qui lui a été désignée comme digne de son crédit.

A la différence de ces deux modes de cautionnement, le constitut est valable dès qu'il se rattache à une dette préexistante, encore qu'il n'existe pas un débiteur déterminé (l. 11 *pr.* [1] *de pec. const.*) Le constitut, à ce point de vue, est donc plus large que l'*adpromissio* et le *mandatum pecuniæ credendæ*. Est-ce une grande supériorité ? En théorie seulement : qui voudra cautionner sans être assuré d'un recours ?

A la règle qui vient d'être étudiée, je rattache le développement de deux propositions. Il faut, en premier lieu, que le débiteur principal et la caution soient deux personnes distinctes. Je n'énonce cette vérité, par elle-même

(1) Il n'y a pas lieu de s'arrêter au mot *interim*, qui est assez déplacé et qui, pris en considération, pourrait, par suite de l'exemple cité, conduire à donner une décision analogue à celle que contiennent les textes relativement à la fidéjussion. Il faut donc décider qu'une dette héréditaire est valablement cautionnée par un pacte de constitut, l'hérédité vînt-elle à être délaissée. Le principe est très nettement posé par le commencement du texte et le motif donné par le jurisconsulte est tout-à-fait général.

évidente, que pour en tirer une conséquence prévue d'ailleurs par un texte (l. 21, § 2 *de fid.*) Un esclave a fait naître deux obligations : l'une, naturelle, à sa charge ; l'autre, civile, qui grève le maître à concurrence du pécule. Emancipé, il ne peut cautionner la dette dont il est personnellement tenu, mais rien ne l'empêche de garantir l'obligation de son ancien maître.

La seconde proposition, applicable, comme la précédente, à toutes les formes de cautionnement et plus fertile en conséquences pratiques, est la suivante : le débiteur principal et la caution doivent s'engager envers le même créancier. C'est ce créancier, en effet, qui a besoin d'une garantie.

J'ai déjà signalé une conséquence de cette idée lorsque j'ai reconnu l'impossibilité pour un esclave de se faire garantir la créance naturelle qu'il a contre son maître (l. 56, § 1 *de fid.*)

Il y en a plusieurs autres. L'une, qui ne comporte aucune difficulté, est relevée par la loi 23 *(de fid.)*, aux termes de laquelle l'*adjectus solutionis gratia* ne peut pas recevoir de fidéjusseur.

La loi 16 *pr. eodem* présente une hypothèse moins simple et donne une décision qui est controversée.

Un esclave commun à Titius et à Sempronius a stipulé *nominatius* pour Titius, et dans l'interrogation qu'il adresse au fidéjusseur, il fait figurer le nom de ses deux maîtres. Titius devient créancier du fidéjusseur ; Sempronius n'est qu'un *adjectus solutionis gratia*, capable de recevoir le paiement jusqu'à la *litis contestatio*.

Cette solution, qui paraît très rationnelle, a cependant embarrassé plusieurs interprètes. Ils voient une contradiction entre ce texte et les lois 9, §§ 1 et 13 *(de stip. serv.)*, qui déclarent nulle la stipulation faite au profit de l'un ou de l'autre des maîtres, par ce motif que la disjonctive « ou » marque bien nettement la volonté de n'acquérir la créance qu'à un seul, mais en revanche n'indique nullement lequel des deux sera créancier.

Or, rien n'est plus facile que de concilier ces textes, et la raison même invoquée par les lois 9 et 13 montre que leur décision est inapplicable à notre espèce. Il est impossible, en effet, de déclarer valable une créance lorsqu'on en ignore le titulaire. Mais ici rien de semblable. La stipulation est irréprochable et le doute, invincible dans les hypothèses des lois 9 et 13, fait place à la plus complète certitude dans celle qui nous occupe, le sens de l'interrogation adressé au fidéjusseur étant nettement déterminé par celui de la stipulation primitive.

Une telle solution est tout-à-fait dans l'esprit des Romains, dont la législation offre des exemples analogues. C'est ainsi que la servitude acquise par un esclave commun tombe dans le patrimoine de celui des maîtres qui a un fond susceptible de profiter de cette servitude. De même la stipulation d'une chose appartenant à l'un des maîtres serait indubitablement conçue en faveur de l'autre.

La loi 132, § 1 *(de verb. obl.)* signale encore une application assez curieuse de ce principe. Un fils de famille stipule d'un fidéjusseur les sommes qu'il pourra prêter

à Titius. Il ne réalise ces prêts que postérieurement à son émancipation. Le fidéjusseur n'est pas tenu.

Que s'est-il passé, en effet? On est en présence d'une dette future, partant d'une fidéjussion conditionnelle. De ces deux dettes, l'une est rétroactive, l'autre ne l'est pas. L'existence de la dette principale, condition suspensive de l'obligation accessoire, fait remonter cette dernière au jour où les paroles de la stipulation ont été prononcées. La créance accessoire doit donc appartenir au père. Mais d'autre part le fils est investi de la créance *ex mutuo* et la fidéjussion ne peut exister, car le débiteur et le fidéjusseur doivent être obligés *erga eumdem*.

L'émancipation a donc pour résultat de libérer gratuitement la caution, ce qui ne laisse pas d'être inique et dangereux pour le fils de famille. Aussi, Papinien lui accorde-t-il une action utile contre le fidéjusseur (l. 47, § 1 *de fid.*; l. 28 *de pign. et hyp.*)

La règle qui vient d'être développée, c'est presque une naïveté de le dire, suppose un créancier. Or il y a une certaine catégorie d'actions qui appartiennent à tout le monde, ce qui veut dire qu'elles ne sont à personne. Ce sont les actions populaires dont l'exercice est accordé à chaque citoyen, parce que tous se ressentent d'une infraction à l'ordre public. Mais dès qu'il y a eu *litis contestatio*, celui qui a exercé l'action en est le bénéficiaire exclusif (l. 12 *pr. de verb. sign.*)

3° — J'envisage maintenant une nouvelle condition nécessaire pour la validité du cautionnement ; elle est tout-à-fait arbitraire et exigée en faveur des cautions. Elle résulte d'une loi *Cicereia* dont le nom est connu depuis peu, grâce à la restitution de Studemund et dont la place chronologique est entre les lois *Apuleia* et *Furia* dont je rechercherai bientôt la date et la loi *Cornelia*. Qu'elle soit postérieure aux lois *Apuleia* et *Furia*, l'ordre suivi par Gaïus nous l'indique, et surtout cette considération que la loi *Cicereia* les suppose, en ce qu'elle a pour but d'assurer aux cautions les bénéfices que leur accordent les lois antérieures. Je dis ensuite qu'elle précède très probablement la loi *Cornelia*. Elle ne se réfère, en effet, qu'aux *sponsores* et aux *fidepromissores*, au lieu que cette dernière est applicable à la fidéjussion, et puisque la jurisprudence étendit à cette troisième forme de cautionnement la disposition de la loi *Cicereia*, c'est que les motifs qui l'avaient fait introduire étaient communs à toute *adpromissio*, et dès lors il est vraisemblable que la loi, si elle avait préexisté à la fidéjussion, l'eût englobée dans sa disposition (Gaïus III, 123).

Ceci posé, la loi est applicable à toutes les cautions *engagées verbis* et à elles seules. Son utilité est à peu près la même pour toutes. Le créancier, au cas d'insolvabilité de l'une des cautions, peut être tenté de dissimuler leur nombre, et rien ne lui est plus facile, si elles ne sont pas intervenues ensemble. Cette fraude est désormais impossible : le créancier doit déclarer publiquement le chiffre

de la créance et le nombre des *adpromissores* qu'il entend recevoir. Chaque caution connaît ainsi le chiffre de la dette et le nombre des autres cautions qui détermine l'obligation spéciale de chacune d'elles.

La déclaration exigée par la loi ne perd pas son utilité dans le cas où le créancier n'entend recevoir qu'une seule caution. Elle sert au moins à bien avertir cette dernière qu'elle pourra être obligée d'avancer le tout et même de le supporter en cas d'insolvabilité du débiteur principal. Aussi son application ne doit pas cesser dans cette hypothèse.

La sanction de la loi consiste dans la faculté de demander dans les trente jours un *præjudicium*. « *An ex lege prædictum sit.* » Telle est la question de pur fait soumise au juge. La réponse négative entraîne libération des *adpromissores*. S'ils n'usent pas du droit qui leur est accordé, il est probable que, le délai expiré, leur engagement est définitif et qu'ils sont non recevables à prouver l'inobservation de la loi.

4° — Enfin, et indépendamment de la capacité requise pour s'engager dans tout contrat, il faut, pour se porter caution, être capable d'intercéder, c'est-à-dire de contracter une obligation dans l'intérêt exclusif d'autrui. C'est là une condition de fond essentielle et indépendante du mode qui sert à parfaire le cautionnement.

Les actes d'intercession sont défendus à deux catégories de personnes : les esclaves, en tant qu'on les considère

comme capables d'obliger leur maître à concurrence du pécule, et les femmes.

Le motif de la prohibition qui s'adresse à l'esclave se comprend aisément. L'esclave est un peu l'ennemi de son maître ; c'est à juste titre qu'on le suspecte de ne pas rechercher bien exactement l'intérêt de celui-ci et qu'on le suppose entraîné à se porter *intercessor* dans une vue très excusable, mais très personnelle, par exemple dans l'intention de gagner les bonnes grâces d'un tiers et de se ménager les chances d'un affranchissement (ll. 3, §§ 5 et 6 ; 47, § 1 *de peculio ;* 30, § 1 *de pactis*).

Les raisons qui justifient cette incapacité n'existent pas à l'égard du fils de famille. Autres sont les rapports des maîtres et des esclaves, autres ceux des pères et des fils. Le fils, *heres suus,* investi d'une sorte de *condominium*, est intéressé à la bonne gestion de son pécule ; il est indépendant et le cautionnement, ne mettant aucune ressource à sa disposition, ne présente pour lui aucun danger (ll. 3, § 9 *de pecul.;* 1, § 3 *de pec. const.* [1])

L'examen de deux textes va montrer quelques conséquences de cette nullité (ll. 19 et 20 *de fid.*) Julien suppose

(1) Cependant Julien fait observer (l. 7 *pr. ad sel. Maced.*) que souvent l'*intercessio* d'un fils de famille ne sera qu'un subterfuge pour échapper à la disposition du sénatus-consulte macédonien Le véritable emprunteur ne serait pas celui qui prendrait cette qualité, mais son garant. Les rôles seraient ainsi renversés. Dans cette hypothèse, comme dans celle où le fils, ayant emprunté une somme d'argent avec un tiers, aurait touché la somme entière, l'exception du sénatus-consulte appartient à chacun d'eux. Cette décision n'est d'ailleurs que l'application d'un principe plus général concernant le cas de fraude (l. 3, § 3 *ad sel. Mac.*)

d'abord un cautionnement se rapportant aux affaires du pécule, perdant, à ce titre, le caractère d'un acte d'*intercessio*. Il est valable ; le paiement fait en valeurs composant le pécule est bien fait ; le maître ne pourra donc le répéter. Le jurisconsulte dit « *le maître ;* » il ne peut être question, en effet, d'une action exercée par un esclave.

Dans la même hypothèse, le paiement étant fait avec les deniers du maître, ceux-ci resteraient soumis à son droit de revendication. Une obligation valable a été acquittée avec des deniers appartenant à autrui. Même décision dans le cas où l'obligation de l'esclave est nulle comme n'intéressant pas son pécule et où le paiement a encore été fait avec l'argent du maître.

Enfin, si l'esclave emploie son pécule pour acquitter une obligation sans valeur, le maître intentera la *condictio indebiti*, la nullité de la dette n'ayant pas fait obstacle à la translation de propriété des deniers [1].

La loi 20 suppose que le paiement émane du maître lui-même et loin de lui accorder contre le débiteur un recours qui n'a pas de raison d'être, puisque celui-ci n'a pu être libéré par le paiement d'une somme indue, elle lui permet d'exercer la *condictio indebiti* contre le créancier.

Ici doivent s'appliquer toutes les conditions nécessaires à l'exercice de cette action, et notamment celle de l'erreur.

---

(1) Au lieu de « *dominica causa,* » j'ai lu « *dominica pecunia.* » Le parallèle que le jurisconsulte établit entre les deux propositions et la traduction des Basiliques se réunissent pour autoriser cette légère correction, grâce à laquelle le texte recouvre toute sa clarté.

S'il n'y a pas erreur, le paiement manifeste l'approbation que le maître est toujours libre de donner, puisque son intérêt seul a inspiré cette prohibition, et le recours devient possible contre le débiteur qui est bien réellement libéré. Cette ratification peut n'être que tacite (l. 66 *de fid.*)

Bien mieux, elle peut être donnée à l'avance ; le maître qui aurait connu le dessein de son esclave et qui n'y aurait pas mis obstacle, serait passible de l'action *quod jussu*. C'est pourquoi la loi 19 suppose que l'engagement et le paiement ont eu lieu à l'insu du maître.

Le sénatus-consulte velleien, rendu sous Claude en l'an 46 de l'ère chrétienne, consacrant une jurisprudence qui n'était elle-même que le développement de quelques édits antérieurs, défendit aux femmes d'intercéder et il est probable que cette défense n'était qu'une mesure de protection (ll. 2, § 1 *ad set. Vell.* ; 40 *de cond. ind.*)

Le cautionnement fourni par la femme, dans le cas où il constitue un acte d'intercession, n'est pas nul *ipso jure* ; mais l'action est refusée au créancier, ou, si elle lui est accordée, elle est paralysée par une exception perpétuelle, exception conçue en faveur du débiteur et qui exclut par conséquent toute obligation naturelle. D'où il faut conclure que la *condictio indebiti* peut être exercée et qu'une sous-fidéjussion ne pourrait accéder à l'obligation de la femme.

La prohibition cesse toutes les fois que l'intercession faite par la femme constitue un devoir d'humanité ou de famille (l. 21, § 1 *ad Vell.*)

Il en est de même lorsque la femme a trompé le créancier ou lorsque ce créancier est mineur de vingt-cinq ans, enfin

lorsque l'intercession a tourné au profit de la femme (ll. 2, § 3 ; 21 *pr. ad Vell.* ; 12 *de min.*)

La femme pouvait-elle renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velleien ? C'est une question fort discutée et dans le doute je pencherais pour l'affirmative (ll. 32, § 4 *ad Vell.* ; 29 *C. de pactis* ; 3 *C. quando mulier*).

Sous Justinien, l'*intercessio* devient inattaquable lorsqu'après deux ans, étant majeure de vingt-cinq ans, la femme l'a confirmée par un écrit ou la constitution d'une sûreté (l. 22 *C. ad Vell.*) Elle vaut dès le début si un acte public porte que la femme a reçu quelque chose pour intercéder (l. 23). Mais, dans tous les cas, l'intervention dans l'intérêt de son mari est nulle, à moins qu'en définitive la femme n'en ait profité.

Quelques autres incapacités doivent être signalées. Les militaires ne peuvent s'engager comme fidéjusseurs dans la *cautio sistendi in judicio*, appelée plus exactement dans la suite « *in jure sistendi* » (l. 8, § 1 *qui satisd., cog.*)

Ils ne peuvent, non plus que les *curiales*, accéder à de certaines obligations, notamment à celles du locataire (ll. 30 et 31 *C. de locato*).

Une dernière question pour finir. Nombreuses sont les hypothèses où une *satisdatio* est obligatoire. L'édit du prêteur l'exige fréquemment. La caution présentée doit être capable de s'engager à titre d'*intercessor* et susceptible d'être poursuivie (l. 3 *de fid.*)

Ce texte cite comme ne remplissant pas ces conditions le fils de famille dans le cas où son engagement est étranger

à la gestion du pécule ; le fils se trouve ainsi assimilé à l'esclave.

Cette assimilation est si contraire aux explications données plus haut et si embarrassant à concilier avec la loi 3, § 9 *(de pecul)*, que l'on est tenté de croire à une interpolation. Peut-être y a-t-il un moyen d'expliquer ce texte en supposant qu'Ulpien a envisagé deux points de vue différents. Quand il parle de l'esclave, il ferait allusion à sa capacité en droit. S'occupant du fils de famille, il voudrait dire qu'il n'est valablement présenté que s'il a un pécule, parce que, en l'absence de pécule, il a beau être capable, son obligation reste stérile puisqu'il ne peut être poursuivi.

Le fils de famille qui n'a pas obtenu la concession d'un pécule ne serait-il donc pas un *fidejussor idoneus ?* Pour mieux dire, est-ce que le terme *idoneus* fait allusion à la capacité de celui qui s'engage ou à sa solvabilité ? Se réfèrerait-il à un point de droit ou à un point de fait ? Les textes l'emploient dans les deux sens (ll. 5, § 1 et 7 *pr. qui satisdare cog.* ; 7, § 10 *de dolo malo* ; 112, § 1 *de verb. obl.*)

On voit combien est différente la portée du texte, suivant la signification que l'on adopte.

Si l'on traduit *idoneus* par capable, suffisant au point de vue du droit, le texte veut dire que le créancier, ayant reçu une caution incapable, doit s'en prendre à lui, si cette caution allègue par la suite son incapacité.

Adopte-t-on le second sens, on dira : le débiteur qui a donné une caution incapable n'a pas rempli son obligation.

S'il a donné une caution capable, mais insolvable, le créancier qui l'a acceptée devra s'en contenter. C'est l'interprétation qui me paraît la plus vraisemblable. D'abord elle justifie assez bien la mention que le jurisconsulte fait du fils de famille ; ensuite il me semble bien difficile que le créancier ne puisse être admis à faire valoir l'ignorance où il se trouvait de l'état d'incapacité de celui qu'il a reçu comme fidéjusseur [1].

(1) Dans les cas où une stipulation prétorienne doit être accompagnée de satisdation, si un évènement fortuit vient à la faire disparaître ou à détruire son efficacité, elle doit être renouvelée (ll. 8, § 3 *qui sat. cog.*)

CHAPITRE III

Effets du cautionnement.

Le cautionnement produit des effets multiples et qui doivent être envisagés successivement à trois points de vue : j'examinerai d'abord les droits et obligations du créancier envers la caution ; j'étudierai ensuite les rapports du débiteur principal avec la caution ; enfin, ceux des cautions entre elles.

SECTION I.

Pour étudier d'une manière complète les relations du créancier avec les cautions, j'exposerai les questions suivantes :

1° Quelle est l'étendue des droits du créancier contre la caution, en ce qui concerne *le temps ?* Cela comprend deux choses : Quelle est la durée de l'obligation de la caution ? A quel moment peut-elle être poursuivie ?

2° Dans quel *endroit* la caution peut-elle être poursuivie ?

3° Étendue des droits du créancier contre la caution, en ce qui concerne *l'objet* de l'obligation de cette dernière.

4° Caractère des relations du créancier avec la caution. Le créancier n'a-t-il pas certaines obligations envers celle-ci ?

A. Que deviennent les actions qui lui appartenaient, une fois qu'il est désintéressé ?

B. Lorsqu'il a reçu plusieurs cautions, peut-il poursuivre pour le tout l'une quelconque d'entre elles ?

C. Peut-il choisir la personne contre laquelle il veut diriger ses poursuites ?

§ I.

Les obligations résistent à l'action du temps et, à ce point de vue, il n'y a pas de distinction à faire entre les obligations principales et les obligations accessoires. Celles-ci, une fois nées, sont perpétuelles et transmissibles. Tel est le principe ; mais il reçoit en cette matière, en ce qui concerne certains modes de cautionnement, des dérogations très remarquables.

Exposant les causes qui avaient fait naître la fidéjussion, j'ai dit incidemment que les droits du créancier étaient fort peu étendus, quant à leur durée, contre les *sponsores* et les *fidepromissores*. Leur obligation est intransmissible ; en outre, en vertu de la loi *Furia,* ils sont libérés par l'écoulement du délai de deux ans à partir de l'échéance de la dette. L'action née du constitut, elle aussi, est annale,

mais dans quelques rares hypothèses qu'on ne peut déterminer avec certitude.

Je borne les explications que je vais donner sur ce point aux *sponsores* et aux *fidejussores*. Et d'abord, leur obligation ne passe pas à leurs héritiers. Cette dérogation aux principes admis en matière de contrats est l'œuvre de la coutume ; on ne connaît aucune loi qui tendit à la consacrer (Gaïus III, 120). La justifier juridiquement est difficile. L'assimilation que l'on prétendrait faire entre les relations du créancier et de l'*adstipulator* et celles de l'*adpromissor* avec le débiteur, manquerait d'exactitude. Car s'il est vrai que les deux institutions renferment un mandat, il est tout aussi incontestable que la durée de ce mandat est sans influence sur le sort des engagements valablement contractés avec des tiers, et si l'on dégageait de l'argument toute sa portée, il faudrait voir une cause d'extinction du cautionnement dans la mort du débiteur principal lui-même. D'ailleurs, une analyse exacte découvre comme objet de ce mandat, non pas le fait du paiement de la dette, mais le fait de l'engagement même qui, une fois contracté, met fin au mandat, pour ne plus laisser d'autre cause à l'obligation de la caution que le contrat *verbis*, d'où résulte sa promesse [1].

(1) Il est vrai qu'en raisonnant avec une égale rigueur pour l'*adstipulator*, on pourrait dire que, l'interrogation une fois adressée, celui-ci est investi d'une créance qui, née *verbis*, doit être perpétuelle. Mais il est impossible de considérer le mandat comme éteint, car il y a évidemment mandat de s'engager et de rendre compte des actes du mandataire, concernant la créance. Or ce mandat ne s'adresse pas à l'héritier de l'*adstipulator*. Ce qui est surtout

Cette intransmissibilité tient à la nature des choses et aux idées morales et religieuses des Romains. La caution fait acte de confiance et de bonne amitié. A ce point de vue, elle ne peut parler que pour elle-même. On doit encore tenir compte d'une loi analogue à celle qui a inspiré la loi *Furia testamentaria* et l'*usucapio lucrativa pro herede*. Il importait de prévenir les vacances d'hérédité et l'interruption des *sacra privata*.

La législation romaine n'est d'ailleurs pas la seule qui ait ainsi limité la durée des engagements des cautions. La même règle se retrouve dans les lois de Manou, berceau de bien des institutions des peuples de race aryenne. Cette règle, qui fut peut-être applicable à toutes les cautions à l'origine, est au moins écrite formellement en ce qui concerne la caution de comparution (livre VIII, Sloka 160). Et Beaumanoir lui-même nous apprend (liv. 43, § 4), que cette règle fut consacrée dans une assise par lui tenue à Creil. En Autriche et à Zurich, l'obligation des héritiers qui n'ont pas été dûment avertis de l'existence de la dette accessoire, se prescrit par le laps de temps de deux ou trois ans.

Le cautionnement est donc avant tout un service d'ami. On le demandait au père, on ne l'aurait peut-être pas demandé au fils, et voilà pourquoi sans doute celui-ci n'est pas tenu. Mais quant à la personne qui s'est obligée elle-

---

vrai, c'est que la transmissibilité de la créance de ce dernier pourrait être très nuisible au créancier, au lieu que la transmissibilité de la dette de l'*adpromissor* à ses héritiers, ne saurait préjudicier qu'à eux-mêmes.

même, elle doit l'être aussi longtemps qu'elle vivra, et telle est, en effet, la solution que les Romains ont admise jusqu'à ce qu'une loi *Furia* vint décider que les *sponsores* et les *fidepromissores* seraient libérés après deux ans.

Puisque je parle d'un des effets importants de cette loi, je vais me demander quelle peut être sa date. Mais, anticipant un peu, je suis obligé de rechercher en même temps quelle était celle de la loi *Apuleia*, qui établissait de plein droit une société entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, loi qui, au témoignage de Gaïus, est antérieure à la loi *Furia* (Gaïus 122).

D'autre part la loi *Furia* est antérieure, comme je l'ai dit, à la loi *Cicereia* qui la suppose et en assure le bénéfice aux *adpromissores*. J'ai omis intentionnellement de rechercher la date de cette dernière loi, me contentant de lui assigner sa place chronologique entre la loi *Furia* et la loi *Cornelia*.

Cet ordre déterminé, on est loin d'être d'accord sur la date qui doit être assignée à chacune d'elles. L'esprit dans lequel elles furent rendues devrait, ce semble, être un indice. Elles sont favorables à la plèbe et tendent manifestement, la loi *Furia* du moins, à diminuer l'influence des capitalistes, ce qui rend assez vraisemblable qu'elles aient été portées au VIIe siècle, époque des revendications de la classe moyenne et notamment des lois agraires [1].

(1) La loi *Furia*, voulant affranchir la plèbe de la dépendance où elle se trouve réduite et atteindre la classe riche dans sa supériorité, poursuivait un but politique, et c'est ce qui nous explique sa restriction au territoire de l'Italie (Gaïus, 122).

Pour la loi *Apuleia* on a proposé la date de 364, sans doute sous l'influence de cette idée qu'elle est antérieure à la loi *Furia* et partant à la loi *Vallia*, relative à la transformation des *manus injectiones*, laquelle est placée en l'an 412 (Gaïus III, 122 ; IV, 22, 24, 25.) On oublie que la loi *Apuleia* étend son empire sur les provinces et qu'en l'an 364 la conquête de l'Italie n'est pas encore faite. D'autre part, un monument épigraphique cité par M. Caillemer prouve que la loi *Vallia* est postérieure au VIe siècle ; c'est l'inscription de *Lucera* (1), relative à une *manus injectio pro judicata*. La loi *Vallia* convertit en *manus injectiones puræ* les *manus injectiones pro judicato*, sauf celle qui appartient au *sponsor* non remboursé dans les six mois. Or, d'après l'épigraphie, l'inscription date du commencement du VIe siècle. Ces raisons paraissent suffisantes pour attribuer la proposition de la loi non pas au tribun *Apuleius*, l'accusateur de Camille, dont parle Tite-Live (l. V, 32), mais bien plutôt à *Apuleius Saturninus*, qui fut tribun en même temps que Marius consul et dont les propositions provoquèrent une assez grande agitation (*Cic. de legibus*, I, 6). La loi *Apuleia* aurait donc été rendue vers l'an 652.

Apuleius eut un collègue partisan de ses idées, continuateur de son œuvre, du nom de *Publius Furius*, et qui ne lui survécut pas longtemps ; il fut accusé sur l'insti-

(1) *Ephemeris epigraphica*, t. 2, p. 198 ; Zeitschrift für Reichsgeschichte XII, p. 128.

gation des partisans de Métellus et fut massacré en 655, subissant le même sort que son ami, sans qu'on lui eût même laissé le temps de se défendre.

Les Romanistes qui, plaçant la loi *Apuleia* en 364, assignent l'an 408 pour date à la loi *Furia*, ont été influencés par cette considération que la loi *Æbutia*, qui porte les premiers coups au système des *legis actiones*, est, suivant l'opinion générale, de l'an 583. Or, comment concilier la disparition de cette forme de procédure avec la faveur particulière que la loi *Furia* accorde au *sponsor* et au *fidepromissor?* Je veux parler de la faculté qui lui est attribuée d'exercer contre le créancier qui, ne tenant pas un compte exact de la division de la dette entre les cautions, a demandé à l'une d'elles plus que sa part, une *manus injectio pro judicato.*

Je pourrais peut-être répondre que la procédure formulaire ne fut pas absolument exclusive, qu'il subsista des vestiges du passé, des anomalies, si l'on veut, et que, à l'instar de la procédure extraordinaire qui coexista avec le système des formules, de même, avec moins de raison, je le reconnais, des exemples de *legis actio* se retrouvent au VIe siècle ; l'inscription de *Lucera* est là qui en fait foi [1].

---

(1) Reste à déterminer l'époque où fut portée la loi *Cicereia ;* c'est ce qu'on ne peut faire que par à peu près. On ne rencontre qu'en l'an 555 une magistrature occupée par un *Cicereius* et cette date est, pour moi, inadmissible. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la loi *Cicereia*, qui ne fait pas mention des fidéjusseurs, trouve sa place entre l'an 655, assigné à la loi *Furia*, et l'an 673, où la fidéjussion se trouve pour la première fois législativement consacrée

Un des effets importants de la loi *Furia* est donc la limitation à deux ans, à compter sans doute de l'échéance de l'obligation, de la caution engagée en la forme de la *sponsio* ou de la *fidepromissio*. A ce propos s'élèvent trois questions :

1° L'extinction de l'obligation s'opère-t-elle *ipso jure* [1]?

2° Le délai de deux ans court-il toujours dès la naissance de l'obligation ? N'existe-t-il pas, au contraire, quelques causes de suspension ?

3° Exclut-elle la formation d'une obligation naturelle ?

1° — On ne connaît aucune exception à l'aide de laquelle la caution put invoquer sa libération par l'écoulement du délai de deux ans. Il est probable, bien qu'en général les lois romaines procèdent autrement, que l'extinction s'opérait *ipso jure*, et cela semble conforme au but de la loi. D'où suit que le défendeur est absous sans avoir aucune exception à faire insérer dans la formule et qu'un pacte est impuissant à faire revivre son obligation [2].

---

par la loi *Cornelia*. Toutefois je n'énonce ce point qu'avec réserve, les motifs qui firent étendre le bénéfice de cette loi aux fidéjusseurs n'existant pas encore probablement au moment où la loi *Cicereia* fut portée, si l'on admet que cette loi est postérieure à la fidéjussion.

(1) Cette question n'est pas douteuse pour les romanistes qui croient la loi *Furia* contemporaine des *legis actiones*.

(2) Comme exemple de nullité *ipso jure*, on peut citer celle qui frappe les donations entre époux (l. 3, § 10 *de don. inter vir*).

2° — Les textes relèvent une controverse relative au point de savoir si le délai de deux ans peut être suspendu [1] (ll. 25 *de stip. serv.*; 4 *de div. temp.*)

Un esclave héréditaire, ou si l'on veut l'esclave d'un captif, a fait une stipulation et reçu des cautions. Le sort de pareilles stipulations est incertain, subordonné au fait de l'adition d'hérédité ou du retour du captif. D'autre part, le cautionnement est susceptible de s'éteindre par l'écoulement d'un certain délai, ce qui montre qu'on est en face d'un de ces textes altérés où le mot *sponsor* a été remplacé par *fidejussor*.

Or, pendant la captivité ou la jacence de l'hérédité, le débiteur, comme les *sponsores*, sont à l'abri des poursuites, personne n'étant à même de les exercer. Ceci posé, si l'on fait courir le délai du jour où l'obligation du *sponsor* a été contractée, il est possible que celui-ci soit libéré avant d'avoir pu être actionné. Cette considération amène Cassius à décider que le délai est suspendu. Venuleius qui rapporte son avis ne se prononce pas. Mais Javolenus donne une décision tout-à-fait opposée. Et cette décision, qu'on pourrait au premier abord trouver peu équitable, se justifie

(1) Une chose qui me paraît certaine, c'est que le point de départ ne commence à courir que du jour de l'arrivée de la condition ou de l'échéance du terme. Jusque-là, le créancier n'a pas d'action, ou ne peut agir qu'en commettant une *plus-petitio*. Ce point n'était pas controversé entre les jurisconsultes ; car, avant l'arrivée du terme ou de la condition, non-seulement le créancier n'aurait pas pu poursuivre, mais le débiteur n'aurait pas pu être poursuivi.

par une excellente raison. Que le délai de deux ans soit suspendu lorsqu'il y aura impossibilité d'agir, le jurisconsulte ne le conteste pas d'une manière absolue. Mais il fait une distinction très rationnelle, lorsqu'il examine du chef de quelle partie dérive l'impossibilité des poursuites. La situation défavorable dans laquelle se trouve celui qui sera peut-être un jour créancier, est un fait complètement étranger au *sponsor ;* lui n'y est pour rien, et l'on ne comprendrait pas que cette circonstance vint empirer sa position.

On ne sait trop quelle opinion a prévalu, mais celle de Javolenus, la première émise, est la plus rationnelle, et ce qu'elle peut avoir d'inique sera facilement réparé. Les causes légitimes d'absence permettent de recouvrer, au moyen d'une *restitutio in integrum*, les droits qu'on a perdus. Voilà donc la créance du captif sauvegardée et aussi celle de l'héritier, dans tous les cas où le retard qu'il a apporté à se prononcer est dû à des complications et à des circonstances indépendantes de sa volonté.

Ces textes si faciles à comprendre, si on les rapporte à l'obligation d'un *sponsor,* n'avaient pu être expliqués autrefois que par la supposition que le fidéjusseur avait limité la durée de son obligation à un laps de temps déterminé, supposition qui avait quelque chose d'étrange, et qu'on ne pouvait faire sans se placer au point de vue prétorien ; car en pur droit civil une telle convention aurait été contraire au vieux principe de la perpétuité des obligations.

3° — J'examine la troisième question, celle qui a trait à la survivance possible d'une obligation naturelle. En général, on reconnaît qu'aucune obligation de ce genre ne survit après l'extinction d'une dette par suite de la prescription, et je n'aperçois pas comment le bref délai de deux ans qui ne prouve qu'une chose, à savoir l'excès de faveur dont la loi a voulu gratifier les cautions, pourrait fournir un argument pour en admettre une ici. Le but de la loi qui était de protéger les cautions et d'enlever leur crédit au débiteur était d'autant mieux atteint que l'écoulement du délai de deux ans ne laissait rien subsister. Enfin la théorie des obligations naturelles, œuvre de la jurisprudence, réaction contre les règles de la législation civile, devait être alors très-peu développée.

D'ailleurs, deux textes qu'il faudra lire encore avec la substitution du terme *sponsor* à celui de *fidejussor*, lèvent tous les doutes sur ce point.

Un *sponsor* a payé à un *procurator* à une époque où il était encore tenu. Mais le créancier n'a ratifié le paiement qu'après l'expiration du délai de deux ans. Le *sponsor* peut-il arguer de cette ratification tardive pour répéter la somme qu'il a payée? Non, répond Celsus avec raison, car à l'époque où il a payé, il était bien réellement tenu (l. 71, § 1 *de sol.*) A la vérité, ce paiement n'était pas libératoire, mais il l'est devenu par la suite, et le *sponsor* peut recourir contre le débiteur par l'action *mandati*. C'est dire assez clairement que si l'on renverse l'hypothèse prévue au texte, si l'on suppose le paiement effectué *post*

biennium, la *condictio indebiti* pourra être exercée, et c'est là le meilleur criterium pour exclure une obligation naturelle.

Un texte d'Ulpien, quoique moins directement, confirme cette solution (l. 29, § 6 *Mand.*) Le paiement a été fait après l'expiration du délai, le *sponsor* a-t-il contre le *reus* l'action *mandati ?* Oui, mais à une condition, c'est que le *sponsor* s'engage à défendre le débiteur contre le créancier, c'est-à-dire à prendre sa place comme défendeur, en fournissant la *cautio judicatum solvi.* Le débiteur, en effet, est exposé à un danger, c'est que le paiement du *sponsor* ayant été fait par erreur, celui-ci ne s'avise d'exercer la *condictio indebiti*, auquel cas le créancier pourrait l'actionner, lui, débiteur qui est seul tenu. La possibilité de cette *condictio indebiti* montre bien qu'il ne subsiste à la charge du *sponsor* aucune obligation naturelle.

Les deux règles de l'intransmissibilité passive et de l'extinction par le délai de deux ans des obligations du *sponsor* et du *fidepromissor*, seront éludées en pratique, toutes les fois que la caution se trouvera être le représentant du créancier en qualité de tuteur. Les principes fléchissent alors par application de cette idée que le représentant du créancier est obligé de payer entre ses propres mains.

Cette double dérogation se trouve exposée dans la loi 69 *(de fid.)* Ce texte, comme tous ceux de Tryphoninus, est loin d'être parfaitement clair. Il faut du reste l'entendre, comme les lois précédemment citées, comme se référant à un *sponsor* ou *fidepromissor.*

Qu'on s'imagine le *sponsor* devenu le tuteur du fils de son créancier. Il va se trouver tenu de deux obligations, ou plus exactement l'inexécution de l'une va être la cause de la mise en mouvement de l'action qui assure l'exécution de la seconde. La dette du *sponsor* ne dure que deux ans; mais l'obligation en vertu de laquelle le tuteur, débiteur de son pupille pour n'importe quelle cause, doit payer entre ses propres mains, est perpétuelle. Le tuteur, s'il néglige d'effectuer ce paiement, sera donc passible de l'action *tutelæ*, action perpétuelle et transmissible (l. 9, § 2, *de adm.* et *per. tut.*)

En conséquence, et malgré que la caution ait effectué son paiement après l'expiration du délai de deux ans, et non pas comme caution, mais en qualité de tuteur, elle est armée d'un recours qu'elle exercera par l'action *mandati*.

Jusqu'ici, rien que de très compréhensible. Ce qui est moins clair, c'est le motif allégué par le jurisconsulte, à savoir que le droit de poursuivre lui appartient « *in utraque causa.* » Cependant la suite du texte nous explique ce que cette expression réduite à elle-même pourrait avoir d'obscur. Le droit d'agir existe dans l'une et l'autre hypothèse, soit que le tuteur ait payé en cette qualité, soit au contraire qu'il ait effectué son paiement comme sponsor libéré par l'effet du temps, parce qu'en définitive, le résultat qui est la libération du débiteur principal, est le même dans les deux cas. Ce point de vue cadre très bien avec la solution donnée par la loi 29, § 6, *Mand.* déjà étudiée.

Il est, en effet, indifférent en soi, de savoir à quel titre ou en vertu de quelle action le *sponsor* est obligé à payer;

on ne considère qu'une chose, la cause de la dette qu'il est forcé de payer, et cette dette a sa source dans un cautionnement.

La fin du texte répond à une objection tirée du principe : « *Nemo auctor fit in rem suam.* » Cette considération, d'après le jurisconsulte, ne doit pas faire obstacle à sa décision, et il justifie sa doctrine par une distinction assez subtile, mais qui n'est pas déraisonnable [1].

Le tuteur ne peut, *se auctore,* se libérer directement ; mais il peut le faire indirectement et par voie de conséquence. Or c'est ce qui se produit dans l'espèce, si le tuteur, lorsqu'il acquitte sa dette, a, non pas l'intention de se libérer, ce qui ne se peut, mais celle d'obtenir la libération du débiteur principal, et c'est toujours un droit pour la caution. Nécessairement alors, et par la force même des choses, il s'acquitte envers son pupille dont il éteint la créance, et par contre, il acquiert une action contre le débiteur.

Ce paiement a dû être admis par les Romains. Il est évident, au reste, que c'est un paiement fictif. L'argent ne fait que passer sous les yeux du pupille, et le tuteur continue d'être tenu par l'action *directa tutelæ.*

Telles sont les explications que j'avais à fournir sur cette limitation très déraisonnable apportée par la loi *Furia* à la durée de l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor.* Posant maintenant une question générale et indépendante

(1) Le mot « *eo* » doit être remplacé par « *reo.* »

de la forme en laquelle le cautionnement est réalisé, je me demande à quel moment le créancier peut exercer des poursuites contre la caution. A cette question la réponse est très facile, parce qu'elle n'est que la conséquence d'un principe plus général déjà exposé à savoir que l'obligation de la caution ne doit pas être contractée *in duriorem causam*. D'où il suit que la caution ne pourra jamais être poursuivie tant que la dette ne sera pas exigible vis-à-vis du débiteur lui-même (l. 57, *de fid.)*

Vainement objecterait-on que le créancier est libre de consentir au débiteur un pacte *de non petendo intra tempus*, pacte dont le bénéfice exclusivement personnel ne s'étend pas à la caution (l. 22, *de pactis)* et qu'il doit pouvoir, par une convention expresse, obtenir un tel résultat. Ces textes ne se contredisent en rien, et l'un n'infirme pas l'autre. Il faut, en effet, soigneusement distinguer le droit prétorien, législation souple et équitable, des règles rigoureuses du vieux droit civil qu'il a pour but de corriger.

Le pacte de *non petendo intra tempus* n'empêche donc pas l'obligation d'être pure et simple ; je n'en veux d'autre preuve que la non-application des règles de la *plus petitio*. La demande formée avant l'échéance du terme serait seulement arrêtée par une exception.

Au reste, l'importance pratique d'un pacte de cette nature, est moindre qu'on ne pourrait croire. En somme il revient à dire que le créancier, s'il agit dans un certain délai, devra diriger ses poursuites contre la caution ; mais le paiement effectué par cette dernière donne immédiatement ouverture à son profit à une action en recours contre

le débiteur principal, en sorte qu'il dépend toujours de la caution de rendre la concession du terme illusoire.

A l'inverse de ce que le débiteur est susceptible d'être poursuivi, il ne s'ensuit pas que la caution puisse l'être au même moment, par la raison que sa situation, si elle ne peut pas être *durior*, peut être *levior*.

Le principe est donc que la caution jouit naturellement du terme concédé au débiteur principal ; cela va de soi et n'a pas besoin d'être stipulé. D'autre part, rien n'empêche la caution d'obtenir un terme, alors que le débiteur n'en a pas. Mais cette faveur ne se présume pas et, en principe, elle ne résulte que d'une convention expresse [1].

Le motif même de notre règle, le principe général dont elle n'est qu'une déduction indiquent qu'elle est indépendante de la forme employée pour garantir l'obligation.

Qu'elle soit applicable au *mandatum pecuniæ credendæ*, cela est bien évident ; qu'elle le soit aussi au pacte de constitut, cela me paraît certain, bien que le constitut *proprii*

(1) Cependant elle pourrait tenir à la force même des choses. Une caution qui se trouve à Rome promet de donner à Capoue, ville où réside le débiteur. Celui-ci peut être immédiatement poursuivi. Faut-il en dire autant de la caution ? Tel n'est pas l'avis de Papinien (l. 49, § 2 *de fid.*) qui compare cette hypothèse à celle où ce serait le débiteur qui habiterait Rome et la caution qui demeurerait à Capoue. On prétendrait à tort, dit le jurisconsulte, que cette seconde solution ne justifie pas la première, les mêmes motifs n'existant pas pour l'une et pour l'autre. Si les deux obligés se trouvaient à Rome, la caution profiterait certainement du terme qui appartiendrait au débiteur. Or la circonstance que la caution s'y trouve seule, ne lui donne pas le moyen de se libérer plus vite. Il est donc juste qu'on use de réciprocité et que la raison suffisante pour faire accorder un terme tacite au débiteur, le soit aussi pour en faire donner un à la caution.

debiti puisse être fait *citeriore die* (l. 4, *de pec. const.*) On doit donc rejeter sans hésitation l'assimilation du constitut *pro alieno* au constitut *inter eosdem* et surtout l'extension que Cujas avait faite de cette doctrine à la fidéjussion.

II.

La caution a promis *idem*. Cela est vrai au moins pour l'*adpromissor* et presque toujours aussi pour le constituant.

Il faut en conclure que le lieu où la caution doit être poursuivie se confond avec celui où doit être actionné le débiteur principal.

En principe, la compétence, en matière d'obligation, appartient cumulativement aux magistrats de l'origine et du domicile du débiteur, à ceux de Rome ou du lieu du contrat. Pour les *actiones stricti juris* cependant, le *forum contractus* exclue les autres et peut donner lieu à l'action *de eo quod certo loco*.

Cela étant et le débiteur principal ayant promis de donner dans un endroit déterminé, le fidéjusseur doit être poursuivi en cet endroit, indépendamment de toute convention particulière faite avec lui (ll. 61 *de fid.*, 21 *de obl. et act.*, 8 *de eo quod certo loco.*)

Le fidéjusseur est donc poursuivi au lieu où le débiteur principal devait l'être lui-même et poursuivant ailleurs qu'à l'endroit convenu, c'est-à-dire devant l'un des magistrats compétents autres que celui de la ville désignée, le

créancier devait user de l'action *de eo quod certo loco*, action qui laisse au libre arbitre du magistrat l'appréciation du préjudice que peut causer sur ce point au fidéjusseur le mépris de la convention.

C'est aussi un principe certain que le lieu où a été fournie une promesse sans désignation d'endroit spécial pour le paiement est attributif de compétence (ll. 19, § 1, et 20 *de jud.*) La caution ayant contracté dans des conditions analogues et dans un endroit différent pourrait, je pense, être poursuivie devant le même magistrat que le débiteur.

III.

J'arrive à un ordre d'idées beaucoup plus important, à savoir : l'étendue des droits du créancier contre la caution. Quelle est au juste la prestation que le créancier peut exiger d'elle ? La solution de cette question suppose qu'il n'y a aucun doute sur l'obligation que la caution a entendu garantir. C'est là un point de fait plutôt que de droit et, avant tout, une question d'interprétation de volontés. C'est aux parties à se procurer des preuves qui établissent sans équivoque l'obligation à laquelle accède le débiteur accessoire (ll. 8, § 3, et 35 *de fid.*)

L'identité des obligations qui sont à la charge du débiteur et de la caution fait nécessairement présumer, lorsque le silence a été gardé sur ce point, que la caution a voulu garantir la dette principale toute entière (ll. 68, § 1, 58 *pr.* et 52, § 2 *de fid.*)

Il n'y a donc aucune difficulté sur le point de savoir quelle est l'étendue de l'obligation de la caution tant que l'on considère l'origine du contrat et ce qui dérive directement de la convention. Mais où la question devient fort délicate, c'est lorsqu'il s'agit de savoir si l'obligation de la caution augmente proportionnellement à celle du débiteur principal, en vertu des accroissements qui peuvent grossir cette dernière par suite de circonstances diverses indépendantes de la convention.

On connaît la théorie classique de Doneau et de Vinnius, résumée dans cette formule : « *Mora rei fidejussori nocet ad perpetuandam obligationem, non ad augendam* » et qui serait l'origine de l'art. 1205 de notre Code civil.

Mais cette distinction fameuse n'a pu être admise, au moins pour une catégorie importante d'augmentations : les intérêts moratoires et les fruits.

La première proposition, celle relative à la durée de l'obligation accessoire, est exacte : le fait et la demeure du débiteur principal réagissent contre la caution (ll. 24, § 1 *de usuris*, 58, § 1 *de fid.*) Au contraire, le fait de la caution est, à l'égard du débiteur, un pur cas fortuit ; car celui-ci n'a pas garanti la caution (l. 88 *de verb. obl.*) [1]

Mais s'agit-il de déterminer le *quantum* de l'obligation du

(1) Ce texte nous apprend que la caution pouvait repousser l'action du créancier, et cela au moyen d'une exception de dol, si, pendant la demeure du débiteur, il avait offert d'exécuter l'obligation, alors que cette exécution était encore possible.

débiteur accessoire, cette théorie est condamnée par des textes positifs, desquels il résulte que la caution s'étant engagée *in totam causam* (l. 91, § 4 *de verb. obl.*) doit être tenue de toutes les augmentations qui ne sont que le produit naturel, le développement normal de l'obligation principale.

C'est ainsi que la caution du fermier de l'impôt indirect doit les intérêts qui sont à la charge du débiteur *in mora*, à moins qu'on n'ait exprimé à ce sujet, dans le marché, une restriction expresse (l. 2, § 12 *de adur rer.*) De même la caution du tuteur répond des intérêts dus *ex mora tutoris* (l. 10 *rem pup.*)

Dira-t-on que ces décisions ne doivent pas être généralisées, que le fisc jouit de privilèges spéciaux, que la solution admise en matière de tutelle se justifie par ces considérations que le pupille ne peut guère poursuivre son tuteur, et qu'au surplus, on est en face d'une stipulation prétorienne, forme de s'engager qui engage une action *stricti juris*, semblable, sous certains rapports, aux actions de bonne foi, puisque le magistrat fait entrer dans la formule de la stipulation tout ce qu'exige la bonne foi ?

Ces textes ne sont pas les seuls. Les lois 54 *(pr. locati)* et 1, § 13 *(ut leg. seu fid.)* confirment entièrement cette doctrine. L'auteur du premier texte, Paul, prévoit deux objections, l'une à laquelle il ne prend même pas la peine de s'arrêter, l'autre, plus sérieuse, mais non cependant déterminante.

La première objection résulte de constitutions impériales aux termes desquelles les personnes engagées pour autrui

ne devaient payer que le capital de la dette. Mais ces constitutions étaient loin d'avoir la portée générale qu'on pourrait être tenté de leur donner (ll. 21, § 1, et 24 *ad mun.; l. un* Code *de his qui ex off.*) Elles ne visaient pas du tout les cautions qui intervenaient en matière contractuelle ; elles n'étendaient leur protection que sur les fidéjusseurs des personnes tenues *ex officio* en vertu d'une charge, d'une fonction publique, et il est aisé de comprendre qu'il s'agit là d'un bénéfice extraordinaire. Enfin si, comme le déclarent les textes, les magistrats ne sont responsables que jusqu'à concurrence du principal de la dette, comment l'obligation des fidéjusseurs s'étendrait-elle aux intérêts ?

Ce qui pourrait faire hésiter davantage, c'est cette considération que les intérêts dérivent bien moins du contrat que de l'appréciation du juge. Le juge omettant de les accorder, le demandeur n'aurait pas d'action pour les obtenir. Mais cette objection n'est pas décisive ; les intérêts sont le produit naturel de l'obligation et la caution est réputée avoir assumé la charge de la condamnation telle qu'elle peut être prononcée dans une action de bonne foi.

La même décision est donnée par Ulpien (l. 1, § 13 *ut leg.*) [1]

Les fruits et les intérêts sont donc compris dans l'obliga-

(1) La *mora* dont parle le texte est évidemment celle de l'héritier, la fidéjussion, obligation de droit strict, n'emportant pas de sa nature, à la différence des legs *sinendi modo* et des fideicommis, cours des intérêts moratoires.

tion de la caution, parce qu'ils ne sont que le développement naturel de cette obligation.

Au contraire, le grossissement de la dette provenant d'un fait distinct, d'une peine proprement dite qu'encourrait le débiteur et qui donne lieu le plus souvent à une action distincte, ne nuit pas à la caution (ll. 68 *pr. de fid.*, 17, § 15 *ad mun.*, 9, § 4 *de adm. rer.*)

Dès qu'il s'agit de délit et de peine, on sort de la théorie de l'obligation accrue, et si l'on analyse, on remarque non pas une obligation qui croît en étendue, mais une obligation, cause occasionnelle de la naissance d'une seconde, toutes deux fort distinctes, l'une née d'un contrat et sanctionnée par une action répersécutoire, l'autre résultant d'un délit et qui aboutit à une action pénale. De ces deux obligations, le fidéjusseur n'a garanti que la première.

D'autres textes nous montrent des cas où l'obligation grossit *ex officio judicis* et où ce grossissement n'est pas imposé à la caution, et toujours pour la même raison, c'est que les Romains, analystes très rigoureux, se sont préoccupés de l'idée de peine qui domine et ont voulu qu'elle fut personnelle au débiteur (l. 73 *de fid.*)

Un *procurator* [1] intente une action réelle [2] et fournit

(1) Paul veut sans doute parler d'un gérant d'affaires, car à son époque on n'exigeait pas la caution *ratam rem dominum habiturum* lorsque le mandat d'agir en justice était bien certain (*Fr. vat.*, 333). D'ailleurs, un véritable mandataire ayant plaidé, le dominus qui aurait voulu engager l'instance à nouveau aurait été arrêté par l'exception *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ* (l. 11, § 7 *de exc. rei jud.*)

(2) Le texte suppose une action réelle, parce que les actions de ce genre, à

une caution qui promet la ratification du maître. Le *procurator* échoue ; le dominus agit à son tour et le défendeur, pour n'avoir pas voulu restituer l'objet litigieux qu'il avait en sa possession, est frappé d'une condamnation d'un chiffre supérieur à la valeur de cet objet.

L'obligation du fidéjusseur sera moins étendue que celle du débiteur principal ; elle se restreindra à la valeur réelle de l'objet dû. C'est que, dans l'obligation qui incombe au débiteur depuis la *condamnatio*, se trouvent deux éléments confondus à son égard, parce que cela est indifférent, mais qui, en ce qui concerne le fidéjusseur, doivent être soigneusement distingués : d'abord l'obligation antérieure de restituer, puis la peine encourue par suite de l'appréciation exagérée de son intérêt que le demandeur est autorisé à faire lorsqu'il se heurte à la résistance du défendeur. Or la peine qu'il a plu au défendeur d'encourir ne doit pas retomber sur le fidéjusseur.

La loi (8 *de eo quod certo loco*) s'explique par une considération analogue. Le débiteur qui s'était engagé à payer à Capoue n'a pas tenu sa promesse. La dette est égale à cent. Le créancier poursuivant le débiteur devant le magistrat de son domicile pourrait, usant de l'action *de eo quod certo loco*, lui demander cent vingt. Ce chiffre détermine-t-il le montant de la dette du fidéjusseur ? Africain donne une réponse négative.

---

la différence des actions personnelles, qui ne présentent pas toutes ce caractère, sont des actions arbitraires.

Il repousse d'abord l'objection qu'on pourrait tirer, dit-il, de cette circonstance que le fidéjusseur doit les intérêts d'une obligation de droit strict. L'hypothèse est toute différente. En matière d'obligations de droit strict, des intérêts ne peuvent être dus qu'en vertu d'une stipulation expresse et distincte. Si donc le fidéjusseur les doit, c'est qu'il les a garantis.

Ce qui fait bien ressortir la différence entre les intérêts et l'indemnité dont il est question dans l'espèce, c'est que le paiement d'une partie de la somme principale ne ferait pas obstacle à la réclamation de tous les intérêts qui peuvent être dus, au lieu qu'un paiement partiel ayant été effectué à l'endroit convenu, le dédommagement qu'obtient le créancier sera proportionné à la quotité de la dette qui n'a pas été acquittée.

L'accroissement dont il est ici question n'est pas le développement naturel de l'obligation ; en un certain sens, il respire la peine ; le mot est même prononcé par la loi 10 *(de eo quod certo loco)* qui prévoit une hypothèse du même genre. D'ailleurs, en dehors de cet ordre d'idées, la décision d'Africain pourrait se justifier par cette considération que la condamnation doit être non pas toujours égale à celle qui serait prononcée contre le débiteur, mais calculée sur l'intérêt respectif du créancier ou du fidéjusseur.

Qu'on imagine le domicile du débiteur plus éloigné que n'est celui du fidéjusseur. Poursuivant le débiteur à son domicile, le créancier obtiendrait, à raison des frais de transport ou de telle circonstance qu'on voudra, une somme

de cent vingt. Au contraire, il lui est indifférent, je le suppose, d'agir à l'endroit désigné ou au domicile du fidéjusseur. En vertu de quel droit obtiendrait-il une somme supérieure au chiffre porté au contrat ?

Tel est bien le sentiment d'Africain, et il ressort de la fin du texte : le créancier ayant reçu un paiement partiel à Capoue, et intentant pour le surplus l'action arbitraire, l'intérêt du créancier, le change qui s'ajoute au principal de la condamnation, sera calculé en raison de ce qui reste dû, et non du capital entier. Le *quanti interest*, en effet, est quelque chose de variable, que les circonstances modifient jusqu'au moment où le juge le fixe par sa sentence, d'après l'état actuel des choses.

Le principe est donc que l'obligation de la caution, si elle n'est pas toujours identique à celle du débiteur principal, l'égale en étendue ; elle ne lui est inférieure que dans les cas où l'augmentation de la dette est due à une circonstance particulière qui la motive dans les rapports du créancier et du débiteur principal, mais ne la justifie pas dans les relations du créancier avec la caution [1].

---

(1) Il peut se faire que la caution doive plus que le débiteur principal. Ainsi, qu'elle se soit rendue coupable de faits dommageables sur la chose due, l'effet de la condamnation qu'elle encourt de ce chef, ne doit pas rejaillir contre le débiteur (l. 19, *de dolo malo*).

IV.

Telle est son étendue ; quant à son caractère, il est encore plus facile à déterminer. La caution est tenue d'une obligation de droit strict. Il est fait, dans ses rapports avec le créancier, abstraction complète de l'idée d'*intercessio*. Le *sponsor*, à l'origine, est un véritable débiteur *in solidum ;* le droit romain primitif offre donc l'exemple d'une législation qui sacrifie la faveur méritée par un débiteur désintéressé, à la sécurité voulue par le créancier. Cette idée n'est pourtant pas absolue ; l'engagement du *sponsor* est l'objet de règles spéciales : l'une découlant aux yeux des Romains du caractère accessoire de la dette ; les autres, introduites par des lois particulières, toutes de faveur pour la caution et qui poursuivant une œuvre de réaction contre la législation antérieure, la font verser dans une excès opposé.

Le fidéjusseur qui ne jouit pas de ces privilèges est, au regard du créancier, un débiteur ordinaire. C'est la conséquence toute naturelle du caractère unilatéral de la fidéjussion : le créancier a contre la caution des droits qu'aucune obligation ne vient limiter ; il ne lui doit pas compte des actions qui lui compètent contre le débiteur principal ; il dirige ses poursuites à son gré contre celui de ses débiteurs

qu'il lui plaît de choisir [1]; ayant reçu plusieurs cautions, il demande indifféremment le tout à l'une quelconque d'entre elles.

Toutes ces règles sont, en principe, applicables au constitut et au *mandatum pecuniæ credendæ* [2]. Toutefois, en ce qui concerne ce dernier mode de cautionnement, il ne faut pas perdre de vue, qu'il est un contrat de bonne foi, synallagmatique, engendrant des obligations réciproques à la charge de chacune des parties. J'aurai à signaler plusieurs conséquences de cette idée.

Au reste, les mœurs s'accordaient mal avec la rigueur des principes. Les créanciers éprouvaient quelque hésitation à diriger d'abord leurs poursuites contre les cautions. Cicéron, dans une lettre à Atticus (liv. VII, l. 15), fait allusion à un débiteur qu'il ne peut poursuivre, parce que cette manière d'agir lui semble peu délicate, surtout de la part d'un consul (v. Quintil, *décl.* 273).

Le créancier a donc, envers la caution qui rend service à la fois aux deux parties contractantes, au moins certaines obligations morales; bientôt elles deviennent légales. On tient compte du caractère de *debitor intercessor* de la caution, et on réfléchit que les adoucissements apportés dans une sage mesure à sa situation, ne peuvent qu'être utiles au développement du crédit.

---

(1) Pour bien apprécier cette règle, il ne faut pas oublier les principes de la *litis contestatio* et les dangers qu'ils font courir au créancier.

(2) V. ll. 18, § 3, *de const. pec*; 56 *pr. mand.*

Je vais étudier ces différents bénéfices dans l'ordre même où ils furent introduits[1], quoique cet ordre soit précisément le contraire de l'ordre logique. Ne voulant pas scinder cette matière, j'exposerai en premier lieu le bénéfice de cession d'actions, bien que l'avantage qui en résulte pour la caution s'apprécie dans ses rapports avec ses coobligés. Le résultat obtenu, en effet, n'offre aucune difficulté ; on peut dire que toutes les questions s'élèvent entre le créancier et la caution ; et d'ailleurs ce bénéfice s'inspire de la même idée que les deux autres.

Je m'occuperai en second lieu des bénéfices de division introduits par la loi *Furia* et le rescrit d'Adrien, et enfin du bénéfice de discussion.

A. — Bénéfices de cession d'actions.

Le bénéfice de discussion fait échec à ce principe que le créancier peut à son gré diriger ses poursuites contre le débiteur ou la caution ; et la division, à cet autre qu'il a le choix entre les diverses cautions. La faculté de demander la cession des actions ne déroge pas à ces principes ; elle ne fait qu'en adoucir le résultat, et assure le recours de la caution poursuivie. Elle est due à la jurisprudence ; l'époque de son introduction est impossible à déterminer.

(1) Cependant j'exposerai le bénéfice de division tel qu'il résulte de la loi *Furia*, en même temps que le rescrit d'Adrien.

Toujours est-il qu'elle existait au second siècle de notre ère, et qu'elle ne pût être accordée avant la procédure formulaire, le *procurator in litem* ne pouvant être constitué avant l'époque des formules.

Quelles cautions ont droit à la cession des actions? Quelles sont les formes et conditions auxquelles elle est subordonnée? En quoi consiste au juste l'obligation du créancier? Telles sont les questions que je vais étudier, me réservant d'exposer ultérieurement les effets de ce bénéfice qui se produisent entre le débiteur principal et la caution ou dans les rapports des cautions entre elles.

1° Nulle part il n'est fait allusion au bénéfice de cession d'actions au profit des *sponsores* ou *fidepromissores*. Ce silence a d'autant moins lieu de surprendre que ces deux formes de cautionnement ne devaient pas être fort en usage à l'époque où le bénéfice fut introduit, et que, dans tous les cas, la cession eût été peu utile pour des cautions que les lois *Apuleia* et *Furia* avaient gratifiées de faveurs spéciales.

Créé pour le fidéjusseur, ce bénéfice appartint sans difficulté au constituant et au *mandator pecuniæ credendæ*.

A la vérité aucun texte ne mentionne son application au constitut. Mais toute hésitation doit céder devant la considération que ce pacte, aussi bien que le bénéfice dont s'agit, sont l'un et l'autre, des conséquences, des produits de l'équité.

Quant au *mandator pecuniæ credendæ*, il y a droit incontestablement, et il en jouit même d'une manière

beaucoup plus large que le fidéjusseur. Bien loin, en effet, de constituer une dérogation au droit commun, la cession n'est, à son égard, qu'une conséquence naturelle des liens qui l'unissent au créancier, liens créés par un contrat de bonne foi. Et si la validité du *mandatum pecuniæ credendæ* n'avait pas été longtemps mise en question, il faudrait dire que les mandatores ont pu demander la cession des actions, avant même que les fidéjusseurs aient été admis à s'en prévaloir.

2° La possibilité pour le créancier de céder ses actions se heurte à une difficulté juridique qui a été très ingénieusement tournée par les jurisconsultes. La cession n'est faite que moyennant paiement, et ils ne peuvent admettre qu'on cède des actions que ce paiement a pour résultat d'éteindre. Je dis que la question n'a pas été résolue mais tournée : du paiement on fait une vente. La somme versée entre les mains du créancier joue le rôle du prix de vente de la créance [1] (ll. 36 *de fid.*; 76 *de sol*; 5, § 2, *quib. mod. pign. solv.*; 21 *de tut. et rat.*)

Cela étant, et le bénéfice de cession d'actions étant à peu près contemporain du système formulaire, il n'est pas besoin, pour réaliser la cession, de recourir à la délégation, forme imparfaite et dangereuse (l. 18 *de nov.*) Les

(1) Cependant, à l'instar de toute fiction, celle-ci est entendue dans un sens relatif : imaginée pour triompher d'une subtilité juridique, sa portée se réduit à expliquer le mécanisme de la cession, et on se garde de lui faire produire tous les effets attachés au contrat de vente (ll. 59 *de fid.*; 5, § 1, *de distr. pign.*)

règles de la représentation judiciaire permettent d'arriver très facilement à ce but à l'aide de la *procuratio in rem suam* (Gaïus IV, 86).

Pour l'obtenir, le fidéjusseur doit satisfaire à trois conditions : il faut qu'il offre au créancier le paiement intégral de la dette, qu'il demande la cession, enfin qu'il fasse cette demande en temps utile.

La première condition qui se justifie d'elle-même et qui est exigée par un texte formel, conduit à décider que la cession des actions ne peut se cumuler avec le bénéfice de division (ll. 17 *de fid.;* 11, c. *eod.)*

Cette nécessité de l'entier acquittement de la dette ne disparaît pas dans l'hypothèse où le fidéjusseur ne demande au créancier que la cession de ses actions réelles.

Il peut même arriver que le fidéjusseur pour avoir droit à la cession, soit obligé d'éteindre non-seulement son obligation, mais encore une dette qui lui est étrangère (l. 2, *C. de fid.)* Un créancier a reçu en garantie un fidéjusseur et une hypothèque ; mais l'immeuble hypothéqué est affecté à l'acquittement d'une autre créance dont il est titulaire. Dans ces conditions, la cession est subordonnée au paiement des deux dettes hypothécaires, et cette décision n'est qu'une conséquence d'une idée qui domine toute cette matière, à savoir que la cession ne doit jamais nuire au créancier. Les Romains n'ont pas connu le principe de l'article 1252 de notre Code civil, que l'on formule ainsi : « *Nemo contra se subrogasse censetur* » et alors admettre la cession sans exiger le paiement des deux dettes, c'était altérer les droits

du créancier, ou du moins se heurter à de grandes difficultés.

Que va-t-il se passer en effet? Ou bien la dette garantie par le fidéjusseur et dont le paiement est offert a été garantie la première par l'hypothèque, et alors le créancier perd le bénéfice de son rang, et le *jus distrahendi erga omnes* qui y est attaché ; si l'on renverse l'hypothèse, on n'aboutit pas à un résultat aussi choquant, mais des embarras naissent du conflit du créancier et du fidéjusseur, lesquels ont paru suffisants pour motiver une exigence, rigoureuse au premier abord, et cependant fort juste.

Notre législation accorde la subrogation de plein droit à ceux qui, étant tenus avec d'autres au paiement d'une dette, ont intérêt à l'acquitter (art. 1251). Les Romains, influencés par cette idée que la cession des actions constitue une dérogation au droit commun, n'ont pas admis ce principe.

Et cela est si vrai, que même à l'époque de Justinien, où toute cession due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi, est sans doute sous-entendue et parfaite par cela seul qu'on peut l'exiger, une exception est faite concernant le fidéjusseur et le tuteur qui ont laissé périr les actions par leur propre faute, pour ne pas avoir demandé la cession en temps utile (l. 39 *de fid.)*

A quel moment et suivant quelles formes la cession doit-elle être demandée? Cela dépend beaucoup du mode qui a servi à cautionner.

La convention de cession d'actions équivaut à la cession elle-même (l. 76 *de sol.)* Par suite, la demande doit être

formée à une époque où ces actions subsistent et sont encore dans le patrimoine du créancier. Passé la *litis contestatio*, le fidéjusseur ne peut demander la cession des actions, si ce n'est peut-être celle des actions réelles; après le paiement, il ne le peut jamais.

La demande doit donc être faite avant paiement ou *in jure*. Dans ce dernier cas, le créancier acceptant le paiement, et consentant la cession, il n'y a pas lieu à la délivrance de la formule. Mais si la cession ne peut être obtenue à l'amiable, quels sont les moyens de contrainte à l'aide desquels le fidéjusseur peut vaincre la résistance du créancier ? Si sa mauvaise foi est évidente, l'action lui est refusée.

Le magistrat a-t-il des doutes, il insère dans la formule une exception *doli mali* ou une exception *in factum*, de sorte que la crainte de perdre son droit amènera le créancier à consentir la cession.

Si pourtant, sans être arrêté par cette exception, le créancier est résolu à poursuivre l'instance, il s'élève une difficulté assez sérieuse et les textes ne fournissent pas d'éléments pour la résoudre. Ou le dol du créancier est reconnu par le juge, l'exception est fondée, et alors le défendeur est absous, le créancier est déchu de son droit; ou, au contraire, la chose est fort possible, le refus du créancier s'autorise de raisons sérieuses ; le fidéjusseur est condamné sans avoir pu obtenir la cession des actions qui viennent d'être éteintes par la *litis contestatio*.

Le silence des textes permet de croire que cette question n'avait pas une grande importance pratique, soit que,

depuis l'introduction du bénéfice de division, le fidéjusseur qui l'invoquait ne courut aucun risque lorsque le débiteur principal était notoirement solvable, soit que, à une époque où les garanties réelles avaient plus de faveur, l'action intentée contre la caution ne consommât pas l'action réelle qui restait toujours cessible.

D'ailleurs, en l'absence de tels palliatifs, les intérêts du créancier et du fidéjusseur pouvaient être conciliés par un moyen fort ingénieux ; des romanistes très autorisés pensent qu'une cession était faite avant la délivrance de la formule, mais subordonnée à la condition du paiement intégral des droits du demandeur, tels qu'ils seraient liquidés par le juge.

C'est aussi par voie d'exception que le constituant invoque le bénéfice dont s'agit, exception *pacti conventi* ou *doli mali*. Le constitut, pacte prétorien, a, en effet, un caractère unilatéral. Mais comme l'obligation qu'il produit ne se confond pas avec la dette préexistante, la cession demeure possible en tout état de cause, même après le paiement ou la *litis contestatio*.

Le *mandator pecuniæ credendæ* jouit, à cet égard, de droits plus étendus. Non seulement le paiement par lui effectué, la formule délivrée contre lui ne forment pas obstacle à sa demande (ll. 28 *Mand.;* 13 et 41, § 1 *de fid.;* 95, § 10 *de sol.*), mais il n'est pas réduit à une exception pour faire valoir son droit. N'étant, en ce qui le concerne, que l'application du droit commun dérivant d'un

contrat synallagmatique et de bonne foi, il peut être invoqué directement par l'action *mandati directa* [1].

Sous Justinien, le *mandator* n'a même plus besoin de réclamer la cession ; elle est sous-entendue. L'exception qui est apportée au droit commun, en matière de fidéjussion et de tutelle, est donc inapplicable au *mandatum pecuniæ credendæ* [2].

3° — A un autre point de vue, la position du *mandator* est supérieure à celle de la caution qui s'est engagée en la forme de la fidéjussion ou même du constitut. Le créancier est tenu de conserver toutes les actions qui lui appartiennent, afin d'être un jour à même de les céder au *mandator*.

Cette règle est formellement exprimée par la loi 95, § 1 *de sol.*, dont la décision, relative à une perte de l'action due à une *plus-petitio*, doit évidemment être généralisée.

L'article 2037 de notre Code civil consacre la même solution. Est-ce celle du droit romain, en ce qui regarde le créancier dans ses rapports avec un fidéjusseur ou un

(1) Si le *mandator* réclame la cession pour recourir contres ses *comandatores*, une distinction doit être faite. A-t-il payé, tous les *comandatores* sont libérés, la dette elle-même est éteinte. Il doit donc, s'il est prudent, faire des réserves, en sorte que la portion de la somme payée qui ne représente pas sa propre dette soit censée être le prix de vente des actions qui subsisteront contre les *comandatores*, parce qu'il n'a pas entendu les éteindre. Quant à la *litis contestatio*, elle reste sans influence sur les actions que le créancier peut intenter ultérieurement contre les *comandatores* (l. 52, § 3 *de fid.*)

(2) Dans cette hypothèse, une constitution d'Antonin et Caracalla accorde au tuteur une action utile.

constituant ? On l'a soutenu, c'était l'avis de Cujas et de Pothier, et cependant, en l'absence même des textes, le caractère unilatéral de ces contrats devait conduire à une solution opposée. D'ailleurs les textes ne laissent pas place au doute (l. 25 *C. de fid.*) Le débiteur a aliéné le bien donné en gage. Négligeant ses intérêts et aussi ceux du fidéjusseur, le créancier laisse l'acheteur acquérir une propriété franche et libre, l'hypothèque une fois prescrite par le laps de dix à vingt ans. Le créancier, néanmoins, pourra réclamer du fidéjusseur le paiement de la dette, bien qu'il lui soit impossible de lui faire cession de l'action hypothécaire.

Il est vrai qu'on donne au texte un sens tout différent en supposant la vente réalisée par le créancier qui viendrait réclamer au fidéjusseur la différence existant entre le prix de vente et le montant de sa créance. Cette manière de lire le texte explique très bien, prétend-on, l'expression « *residuum* » qu'on traduit par « restant, reliquat. » Cependant le langage des empereurs semble bien plus correct, si l'on adopte la première interprétation. On ne voit pas bien, dans cette seconde lecture, la portée de ces mots : « *post longi temporis intervallum.* » Ensuite l'expression *residuus* ne veut pas dire toujours reliquat, différence. Ce n'est même là que son sens dérivé ; sa première signification est celle-ci : « qui reste, qui dure encore. »

La loi 15, § 1 *de fid.* confirme absolument la décision qui ressort de ce texte. Deux fidéjusseurs ont garanti une somme de vingt ; l'un d'eux paie cinq et obtient un pacte

de remise. Le créancier pourra demander quinze à l'autre caution qui ne peut devenir cessionnaire d'aucune action contre son cofidéjusseur [1].

Le créancier n'est donc pas tenu de conserver ses actions pour les céder et, à plus forte raison, ne répond-il pas de leur efficacité et de la solvabilité des débiteurs (l. 62 *de fid.*)

Les Romains connaissaient un bénéfice qui présente quelque ressemblance avec celui que je viens d'exposer et que l'on nomme : *successio in locum creditoris*. J'en dis quelques mots à seule fin de le comparer à la cession des actions.

Et d'abord les deux institutions répondent au même but et ont les mêmes limites. Elles veulent assurer le remboursement intégral à celui qui a payé le créancier et la subrogation n'a lieu qu'à concurrence des sommes déboursées ; elle ne s'étendrait pas aux autres créances que le subrogé pourrait avoir contre le débiteur, aux intérêts, par exemple.

Mais des différences se rencontrent dans les détails. La cession des actions n'est accordée à la caution que sur sa

(1) La loi 18 *C. de fid.* semble pourtant condamner cette solution. Elle décide que le créancier ayant vendu le fond pour une somme inférieure à sa valeur réelle n'est pas fondé dans la réclamation qu'il veut faire au fidéjusseur de l'excédant du montant de sa créance sur le prix de vente. Cependant on peut dire que les espèces ne sont pas absolument les mêmes. Le créancier qui laisse s'accomplir la prescription de l'hypothèque est un créancier négligent ; celui qui vend l'immeuble engagé pour un prix fort au-dessous de sa valeur commet un véritable dol. Le texte ne contient probablement qu'une décision particulière qui devait être motivée par des circonstances spéciales du fait.

demande ; d'ailleurs, réclamée, elle est de droit. La *successio in locum* existe de plein droit dans trois hypothèses : celui qui prête au débiteur une somme que celui-ci, d'après la convention, affecte au remboursement du plus ancien créancier prend, *ipso jure*, son lieu et place. La même faveur est faite à l'acheteur dont le prix de vente est servi au créancier *prior*, aussi bien qu'au créancier de n'importe quel rang qui, usant du *jus offerendæ pecuniæ*, veut se substituer à un autre et le désintéresse à cette intention (ll. 12, § 8 *qui pot. in pign.*, 3, C. *de his qui in prior ;* 22, C. *de pign.* Paul II, 3, 8).

Le cessionnaire des actions prend exactement la place du cédant. La *successio in locum* implique bien l'anéantissement des droits du créancier payé ; mais on se demande ce qu'acquiert au juste celui qui l'obtient. On a dit que c'était le droit réel. Je crois qu'il acquiert moins que cela, non pas l'hypothèque elle-même, mais seulement le rang hypothécaire. Si donc il n'est pas lui-même créancier hypothécaire, il faut que le débiteur lui constitue une hypothèque, et cette constitution n'est possible que si, au moment où l'on veut la faire, le bien sur lequel elle doit porter se trouve dans le patrimoine du concédant (ll. 2 *de pign. act.;* 1, C. *de his qui in prior*).

La cession des actions et la *successio in locum creditoris* présentent un intérêt considérable. Elles sont la source de la subrogation conventionnelle ou légale.

B. — Du bénéfice de division.

Que la caution soit munie d'un recours contre ses cofidéjusseurs, qu'elle accroisse l'énergie de celui qu'elle possède contre le débiteur principal, c'est déjà un progrès. Il n'en est pas moins vrai que l'avance du tout peut être gênante pour la caution, et au cas où le créancier en a reçu plusieurs, il n'est que juste de permettre à chacune d'elles d'avancer seulement ce qu'elle doit définitivement supporter, à condition bien entendu que le créancier n'en souffre aucun préjudice, ce qui dépend de la façon dont on opère la division de la dette.

On sait déjà que la loi *Furia* divise la dette par portions viriles entre les *cosponsores* ou *cofidepromissores*, vivants au jour de l'échéance, et comme sanction de cette disposition, soumet le créancier qui a demandé plus que sa part à une *manus injectio pro judicato.*

La division s'opère de plein droit (Gaïus III, 121). C'est le renversement du principe de la solidarité. Le créancier qui méconnaît cette disposition de la loi, commet une *plus-petitio.* La caution qui, par erreur, a payé plus qu'elle ne doit, peut exercer la *condictio indebiti.*

La division, telle que l'introduit la loi *Furia*, est mal comprise et inique. En effet, la dette se partage entre les cautions vivantes au jour de l'échéance, en sorte que le créancier assume non seulement le risque de l'insolvabilité des cautions survenues avant le paiement, mais de plus

court le danger de voir ses droits amoindris par le fait de la mort de l'une d'elles survenue entre l'époque de l'échéance et celle de la *litis contestatio*. Singulier résultat ! plus il y a de garants et moins le créancier est garanti. Que reste-t-il du principe *singuli in solidum tenentur ?* Cela seulement que si, de plusieurs cautions, une seule est vivante au jour de l'échéance, elle supporte tout le fardeau de la dette.

En résumé, la loi *Furia* ne protège pas toutes les cautions, et elle protège trop celles auxquelles ses dispositions sont applicables. Bien mieux conçu et bien plus équitable est le bénéfice de division introduit au profit des fidéjusseurs, et qu'il ne faut pas hésiter à attribuer à Adrien comme toutes les sources l'indiquent (ll. 26 et 27, § 1 *de fid.* ; 3, C. *de const. pec.*), bien qu'un texte de Paul (I, 20) l'attribue au prêteur, et que des interprêtes lui donnent pour auteur Antonin-le-Pieux, sur le fondement d'un rescrit de ce prince qui prête à cette conjecture une certaine couleur de vraisemblance (l. 49, § 1 *de fid.*)

J'ai déjà dit que le bénéfice de division exclue la cession des actions, celle-ci étant subordonnée au désintéressement intégral du créancier. Le fidéjusseur poursuivi devra donc examiner l'intérêt qu'il peut avoir à invoquer l'une ou l'autre de ces deux faveurs. La division le dispense d'avancer la totalité de la dette, ce qui peut être un avantage sérieux et ne présenter aucun danger lorsque le débiteur est notoirement solvable. S'il en était autrement et si une hypothèque garantissait la créance, la cession des actions serait préférable. Mieux vaut faire une avance, dans la-

quelle on est sûr de rentrer, que de payer seulement sa part, étant sûr de la perdre.

Sur le bénéfice de division, j'examinerai les points suivants : Quelles cautions peuvent s'en prévaloir ? Quels sont ses conditions et ses effets ? A quel moment et en quelle forme s'opère la division ?

1° — Le bénéfice de division fut créé pour les fidéjusseurs. Était-il applicable aux cautions engagées en une autre forme que celle de la fidéjussion ? On sait que les *sponsores* et *fidepromissores* engagés *in provincia* ne sont pas compris dans les termes de la loi *Furia* ; ils ne le sont pas davantage dans ceux du rescrit d'Adrien. Quant à eux, une ligne de Gaïus nous indique que, dans une opinion favorable qui dut l'emporter, mais sur laquelle il ne se prononce pas, le bénéfice d'Adrien leur fut accordé par la jurisprudence (Gaïus 121).

Avant Justinien, la division n'était pas non plus admise au profit des personnes qui avaient cautionné par un pacte de constitut. Cela tient, sans doute, à ce que le constitut a été muni d'action, moins pour fournir une sûreté personnelle que pour assurer énergiquement un paiement ; rien de ce qui porterait atteinte à la ponctualité du paiement n'est opposable à l'action *de constituta pecunia*.

Justinien étend expressément au constitut les dispositions du rescrit d'Adrien (l. 3, C. *de const. pec.*)

Quant aux *comandatores*, nul doute qu'ils ne pussent s'en prévaloir. La seule difficulté, à l'égard de ces derniers, serait de savoir s'ils le tiennent du rescrit même d'Adrien.

A en croire Justinien dans la loi précitée, l'affirmative devrait être admise ; mais cette assertion est détruite par un texte de Papinien qui, pour arriver à cette conclusion, se trouve obligé de raisonner par analogie et de soutenir que la nature de l'action ne changeant rien au fond des choses, la division doit être admise (l. 7 *de fid. et nom. her.*)

L'application de ce bénéfice au *mandatum pecuniæ credendæ* n'est donc pas contemporaine du rescrit ; elle est due à la jurisprudence qui la trouva logique et équitable. Il n'est même pas absolument certain que cette extension n'ait rencontré aucun contradicteur.

Ceci posé, le bénéfice de la division peut être refusé aux cautions, soit à raison de la nature de l'obligation qu'elles garantissent, soit que, aptes à s'en prévaloir à l'origine, elles aient perdu ce droit par le fait de leur volonté ou par une déchéance.

D'abord, à peine est-il besoin de le dire, cette faveur est refusée à la caution engagée *in rem suam,* par la seule raison qu'elle n'a pas la qualité d'*intercessor.*

Une exception véritable existe à l'égard des fidéjusseurs du tuteur (l. 12 *rem. pup. salv. forc.)* Le pupille est, plus que tout autre créancier, digne d'intérêt, parce qu'il n'a pas choisi son tuteur et ses répondants. Il n'a plusieurs actions à exercer que dans l'hypothèse où l'administration de sa fortune aurait été répartie entre plusieurs tuteurs, ceux-ci ayant divisé la gestion entre eux. Les tuteurs deviennent par là indépendants, et tout ce qui paraît juste d'exiger de l'un d'eux par rapport à la gestion de l'autre, c'est de la dénoncer lorsque elle lui paraît suspecte.

Il existe d'ailleurs un procédé, c'est Papinien qui nous l'indique, permettant aux fidéjusseurs d'un tuteur de rentrer sous l'application du droit commun (l. 7 *de fid. et nom.*) Poursuivis par le pupille, les fidéjusseurs l'ont prié d'actionner en premier lieu le tuteur, se chargeant par une nouvelle stipulation, de l'indemniser de tout le préjudice qu'il pourrait subir. Partiellement désintéressé, le pupille qui recourt contre un fidéjusseur, se verra opposer la division. C'est qu'il n'est plus en face de cautions engagées *tutorio nomine* ; une convention nouvelle est survenue qui a absorbé la première. Il y a là précisément ce mandat de poursuivre le débiteur principal, donné au créancier par le fidéjusseur, et qui est conçu tout à la fois dans l'intérêt du mandant et du mandataire [1].

Le bénéfice de division peut être l'objet d'une renonciation expresse ou tacite. Je ne parle pas ici de la division qu'avait établie la loi *Furia ;* cette loi avait une portée politique, et il n'est guère probable qu'une convention particulière pût l'emporter sur sa volonté. Tout autre est le but du rescrit d'Adrien, visant des intérêts privés, et voulant alléger dans une mesure équitable, le fardeau des cautions.

La déclaration faite par les cautions qu'elles contractent engagement du tout, n'entraîne pas renonciation au bénéfice de division. Ainsi le décide un rescrit de Sévère et

(1) Lorsqu'il existe plusieurs tuteurs qui ont divisé entre eux la gestion, le fidéjusseur de l'un d'eux peut invoquer le bénéfice de division contre ses cotuteurs (l. 6 *de fid. et nom.)* Son obligation ne saurait être plus étendue que celle du débiteur principal.

Antonin (l. 3 *C. de fid.)* Et cela est très rationnel ; la déclaration faite par les cautions ne vaut pas plus que leur silence. Elles sont obligées à la totalité de la dette, c'est la règle ; et c'est précisément ce principe de l'obligation de tous au tout que la division vient atténuer.

Est-ce à dire que la renonciation ne puisse s'induire de circonstances particulières ? On devra l'admettre difficilement, mais il y a des faits qui, ne laissant planer aucun doute sur l'intention de la caution, lui feront perdre ce bénéfice.

Tels seraient une condamnation prononcée au tout, ou le paiement de la totalité de la dette fait sans erreur (Inst. Just. *de fid.* § 4).

Le paiement de la dette entière est-il dû à une erreur, la même solution doit être admise, mais par un motif différent qui aurait d'ailleurs été suffisant pour exclure la *condictio indebiti* dans la précédente hypothèse (l. 49, § 1, *de fid.)* Soit une dette de vingt, et deux fidéjusseurs. L'un meurt, laissant deux héritiers. Un des héritiers ayant payé vingt, pourra répéter dix ; car il n'a jamais dû au-delà. Mais il ne serait pas fondé à réclamer cinq en vertu du rescrit d'Adrien ; ces cinq étaient compris dans son obligation, et le fidéjusseur doit s'en prendre à lui-même s'il n'a pas invoqué la division quand et comme il le fallait [1].

(1) Cette décision avait soulevé des discussions. On sait que la *condictio indebiti* est admise en général lorsqu'il y a au profit du *solvens* une *exceptio perpetua*. Il faudrait donc considérer l'exception dont s'agit comme temporaire, en ce sens que le cofidéjusseur qui peut l'opposer aujourd'hui, ne le pourra

On connait la sévérité des Romains à l'égard de la mauvaise foi des plaideurs. Cette matière en offre un exemple ; l'*infitiatio* qui, dans plusieurs actions entraîne condamnation au double, fait perdre à la caution le bénéfice de division (l. 10, § 1, *de fid.)* Comme cette privation constitue une peine, on doit faire de la fraude du défendeur une condition nécessaire à sa déchéance. La division ne serait donc pas refusée à l'héritier du fidéjusseur qui conteste de bonne foi la validité ou l'étendue de l'obligation.

2° — Le bénéfice de division est subordonné à l'exercice de quatre conditions. Il faut :

1° Que chaque caution soit engagée au tout ;

2° Que cet engagement soit contracté par le même débiteur envers le même créancier ;

3° Que le cofidéjusseur sur lequel la caution poursuivie rejette une partie de la dette soit capable ;

4° Et qu'il soit solvable lors de la *litis contestatio.*

La première condition ne se démontre pas ; mais elle est prévue par un texte et appelle quelques explications (l. 51 *pr. de fid.*)

Qu'on suppose un fidéjusseur promettant *solidum aut partem virilem,* on se demande s'il peut invoquer la divi-

---

peut-être pas demain, son cofidéjusseur étant devenu insolvable avant la poursuite.

Autre conséquence de l'idée qui justifie cette solution : le créancier réclamant le tout à l'un des cofidéjusseurs ne commet pas de *plus-petitio.*

sion ou même quelle est au juste sa dette. Or, entre deux alternatives égales, la moins onéreuse seule est réputée avoir été promise. Il est donc inutile dans l'espèce d'invoquer le rescrit d'Adrien.

Le bénéfice de division n'appartient qu'aux cofidéjusseurs, c'est-à-dire aux personnes cautionnant un même débiteur envers un même créancier, aux garants du débiteur principal, aux sous-fidéjusseurs d'un même répondant, aux certificateurs d'une même caution, pour parler le langage moderne (l. 43 *de fid.*)

Cette idée est fertile en conséquences : deux *correi promittendi* ont fourni des fidéjusseurs distincts ; ils garantissent une même dette et des débiteurs différents. Le créancier peut diviser entre eux son action, comme c'est son droit de le faire entre deux débiteurs ordinaires ; mais c'est pour lui une pure faculté. Il pourrait agir pour le tout sans que le bénéfice d'Adrien lui fût opposable (l. 51, § 2 *de fid.*)

Je complique l'hypothèse, la solution sera la même. L'un des fidéjusseurs garantit les deux *correi*, les autres n'interviennent que pour l'un d'eux. Ainsi Primus est fidéjusseur de Titius et de Mœvius ; Secundus, Tertius, de Mœvius seul. Tertius poursuivi, fera diviser la dette entre Primus, Secundus et lui ; Secundus est dans la même position. Si c'est Primus qui est actionné, la question devient plus embarrassante, parce qu'il y a en lui comme deux personnes juridiques, l'une, caution de Mœvius, ayant le droit de demander la division ; l'autre, garant de Titius

et garant unique, par conséquent incapable d'invoquer ce bénéfice.

Si l'on ne tranche pas la question par cette distinction, en recherchant l'intention du créancier, je la crois insoluble.

Les sous-fidéjusseurs intervenus pour un même débiteur accessoire peuvent se prévaloir du bénéfice de division. Les héritiers des fidéjusseurs jouissent du même droit (l. 27, § 3 *de fid.*)

Cette décision ne présente d'intérêt que dans l'hypothèse où il y a plusieurs fidéjusseurs ; l'un d'eux venant à mourir et laissant plusieurs héritiers, l'un de ceux-ci poursuivi, peut faire diviser la portion de la dette qui est à sa charge vis-à-vis des autres fidéjusseurs [1].

Le sous-fidéjusseur ne peut pas faire diviser son obligation vis-à-vis du premier fidéjusseur, pas plus que ce dernier ne le pourrait à l'encontre du débiteur principal (l. 27, § 4 *de fid.*) Mais s'il y a deux cautions principales, le sous-fidéjusseur donné par l'une d'elles a le droit, du chef de celle qu'il garantit, de demander la division vis-à-vis du cofidéjusseur de cette dernière. La controverse à laquelle Ulpien semble faire allusion ne se comprend guère, la solution opposée ayant pour effet de rendre le sous-fidéjusseur engagé *in duriorem causam*.

La nécessité de garantir un même débiteur n'entraîne pas celle de le garantir d'une manière identique. Peu

(1) Cette règle doit être étendue à tout successeur à titre universel, notamment au fisc qui recueille les biens d'un fidéjusseur condamné (l. 51, § 5 *de fid.*)

importe que les cofidéjusseurs se soient engagés à des époques diverses, sous des modalités différentes.

Une caution dont l'obligation est pure et simple peut invoquer le bénéfice de division contre son cofidéjusseur engagé sous condition, sauf à restituer au créancier, pour ce qui lui reste dû, son action contre la caution qui n'a payé qu'une part virile, si la condition vient à défaillir ou si, lors de sa réalisation, le fidéjusseur se trouve insolvable (l. 27 *pr. de fid.*)

Enfin une caution peut faire diviser la dette entre elle et les cautions dont l'obligation est postérieure en date à la sienne. Qu'on ne dise pas qu'elle n'a pas dû compter sur le bénéfice du rescrit. Cela importe peu, et d'ailleurs la loi *Cicereia,* tant qu'elle fut appliquée, pouvait fournir un moyen de mesurer exactement l'étendue de son obligation (l. 48, § 1 *de fid.*)

Lorsqu'énumérant les conditions nécessaires à l'exercice du bénéfice de division, j'ai dit que les cofidéjusseurs entre lesquels elle s'opère doivent être capables, j'ai tranché par une affirmation une question qui ne comporte pas une réponse aussi absolue et que prévoit un texte sur le sens duquel les avis sont fort partagés (l. 48 *de fid.*)

La première partie du texte est fort simple : elle refuse le bénéfice de division au cofidéjusseur d'une femme ; il n'a pas dû ignorer la prohibition du sénatus-consulte Velleien.

La suite du texte est plus obscure : le cofidéjusseur est un mineur de vingt-cinq ans, capable en droit civil, incapable d'après la législation prétorienne, en ce sens qu'il

peut obtenir une *in integrum restitutio* contre un engagement qui lui est préjudiciable. Le majeur supportera-t-il seul toute la dette ?

Oui, s'il y a deux fidéjussions successives, celle du majeur d'abord, ensuite celle du mineur. Le majeur, quand il s'est obligé, n'a pas dû compter sur la division de la dette ; il est fort probable, en effet, qu'à l'époque de Papinien la loi *Cicereia* était tombée en désuétude, et une obligation nouvelle, incertaine et précaire par suite de l'âge du débiteur et des chances de restitution, ne doit pas modifier la situation.

Dans la pensée de Papinien, si les deux fidéjussions étaient simultanées ou si celle du majeur avait suivi, ce dernier, ayant ignoré l'âge de son cofidéjusseur, aurait droit au bénéfice de division.

C'est ainsi qu'il paraît naturel d'interpréter le texte et notamment les mots : *propter incertum œtatis ac restitutionis* dont le sens a été fort discuté [1].

---

(1) D'après Cujas, ces paroles se réfèreraient à l'hypothèse où le majeur s'est engagé après le mineur ou simultanément avec lui et Papinien voudrait dire que le majeur jouira du bénéfice de division, parce qu'il a ignoré l'âge de son cofidéjusseur et la possibilité d'une restitution en sa faveur. Cette explication est trop en dehors du texte, il est peu probable que le jurisconsulte se préoccupe de justifier la solution qu'il donnerait dans une hypothèse qu'il n'a pas encore énoncée.

Favre remplace les mots *post minor* par ceux-ci : *post minorem*, et alors l'hypothèse est complètement changée. Le fidéjusseur intervient pour préserver le créancier du danger résultant pour lui de l'état de minorité de sa première caution. Cette interprétation, qui a le tort de corriger arbitrairement le texte, efface la similitude que relève Papinien entre les deux hypothèses qu'il prévoit.

La décision du jurisconsulte n'a rien d'inique pour qui a présent à l'idée qu'un créancier peut, par son fait, pourvu qu'il soit exempt de dol, priver un fidéjusseur du bénéfice de division. C'est en effet le résultat qui se produit lorsqu'une des cautions obtient une remise de dette. L'autre est tenue intégralement, sauf à être dégagée jusqu'à concurrence de la somme remise au créancier, si la remise est à titre onéreux (ll. 15, § 1 *de fid.*, 23 *de pactis*).

Est-ce au dol du créancier qu'est due l'intervention du mineur, le majeur obtiendra la division et ce sera le créancier qui supportera la perte résultant de la restitution accordée au mineur.

La caution majeure a-t-elle pu raisonnablement compter sur le bénéfice du rescrit ? Telle est, en somme, la question, question de bonne foi et de vraisemblance de son erreur [1].

La division s'opère entre cofidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*. Telle est la quatrième exigence du rescrit dont l'étude va montrer l'étendue de la faveur qu'il accorde.

Pour apprécier la solvabilité d'une caution, il faut tenir compte non seulement de ses ressources personnelles, mais encore de celles des sous-fidéjusseurs qui pourraient s'être engagés pour elle (l. 27, § 2 *de fid.*)

(1) Il est d'ailleurs bien entendu que la caution conserve le droit de faire diviser la dette lorsque le but du cautionnement est bien nettement déterminé, je veux dire lorsque le créancier n'a reçu une seconde caution que dans la crainte de l'insolvabilité de la première, et s'il a été bien spécifié que cette seconde caution ne s'engage pas en vue des dangers de la restitution « *contemplatione juris prætorii.* »

Cela étant, la caution est responsable de l'insolvabilité de son cofidéjusseur survenue avant la *litis contestatio*. Arrivée après cette époque, elle est à la charge du créancier, fût-il mineur ; il ne peut ressentir une lésion, au sens juridique du mot, par suite de l'application du droit commun, indépendant de sa volonté personnelle (l. 51, § 4 *de fid.*)

La formule même que j'ai employée montre que la règle n'est absolue que si la division est opérée sur l'ordre du magistrat ou du juge. Il semble, en effet, très difficile d'admettre que le créancier qui divise spontanément son action entre deux cofidéjusseurs, qui a obtenu volontairement ou forcément de l'un d'eux sa part virile, puisse, si le second devient insolvable, faire retomber sur celui qui a payé la charge de cette insolvabilité, encore qu'elle fût survenue antérieurement à la *litis contestatio*.

Si les textes manquent pour justifier directement cette solution, ils fournissent au moins un argument *a contrario*. La loi 52, § 1 *(de fid.)* suppose que la division ayant été faite, suivant les règles, entre l'époque de la condamnation et celle de l'exécution du jugement, un des fidéjusseurs devient insolvable, cette insolvabilité sera supportée par les tuteurs, trop lents à faire exécuter la sentence.

Le texte prévoit ensuite l'hypothèse où la division aurait été opérée entre des insolvables et il permet au tuteur d'obtenir une restitution au nom du pupille. D'où l'on peut conclure qu'un créancier moins digne d'intérêt subirait les conséquences d'une pareille imprudence.

Telle est peut-être la vraie solution. Il est vrai que j'interprète le texte dans un sens qui lui est favorable ; mais il n'y répugne pas, car s'il suppose une condamnation, il ne dit pas que la division ne soit pas l'œuvre du créancier. Et si la division était faite par le magistrat, il me semble que Papinien admettrait une doctrine profondément injuste. Car la division ayant été prononcée contre le gré du créancier, il y aurait bien sans doute dans l'erreur du magistrat une juste cause de restitution, indépendamment de la qualité de ce créancier.

Il faut donner à la règle dont il s'agit toute sa portée ; ce n'est pas seulement la solvabilité des cautions qui est appréciée à l'époque de la *litis contestatio*, c'est encore la dette dont l'étendue est examinée. De là cette conséquence qu'une des deux cautions ayant payé une partie de la dette ne sera pas moins rigoureusement tenue de payer sa part de ce qui reste dû lors de la *litis contestatio*. C'est le droit ; mais à l'aide d'une exception de dol elle pourra se faire tenir compte de son paiement partiel (ll. 51, § 1 *de fid.*; 37 *de sol*).

3° — Il me reste, pour terminer sur cette matière, à exposer la procédure du bénéfice de division.

Le principe est que la division ne s'opère pas de plein droit, mais est demandée par voie d'exception (l. 26 *de fid.)* En quelle forme et à quel moment cette exception doit-elle être opposée ?

Si la solvabilité des cofidéjusseurs n'est pas contestée, le magistrat ne donne action au créancier contre la caution

que pour la part dont elle est tenue, la division opérée. A l'inverse, dans le cas où ils sont notoirement insolvables, la formule est délivrée pour le tout.

C'est seulement lorsqu'il y a contestation pour apprécier les facultés des fidéjusseurs qu'il y a lieu à l'insertion d'une exception, laquelle est *in factum, rei cohærens,* temporaire sans doute, et compte au nombre de celles qui tendent à diminuer le chiffre de la condamnation ; c'est l'exception *si non et illi solvendo sint* [1] (ll. 28 *de fid.*; 22 *pr. de except.)*

Le principe même de la division serait d'une injustice criante, si combiné, avec l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il avait pour résultat d'enlever au créancier une partie de ses droits. Aussi est-il probable que cet effet extinctif peut être paralysé à l'aide d'une de ces *præscriptiones a parte actoris* dont Gaïus nous a révélé l'existence, qui devait préciser, d'après une appréciation du magistrat, l'étendue de la somme réclamée (Gaïus IV, 131) [2].

---

(1) Le fidéjusseur, prêt à donner caution, peut exiger que le créancier répartisse ses poursuites entre les cofidéjusseurs présents. Le créancier lésé acquiert l'action *mandati contraria* (l. 10 *pr. de fid.)*

(2) Depuis la découverte des commentaires de Gaïus, la difficulté qu'avait fait naître la loi 10, § 1 *(C. de fid)* a disparu. Pris dans une fausse acception, le mot *condemnatio* qu'on avait traduit par sentence, avait conduit d'anciens commentateurs à penser que l'exception pouvait être opposée *in judicio.* Cette décision fort bizarre ne mérite d'être signalée qu'à titre de curiosité juridique depuis que nous savons les différentes significations du mot *condemnatio.* Il désigne évidemment dans ce texte, cette partie de la formule où le magistrat donne au juge pouvoir de condamner ou d'absoudre.

C. — Du bénéfice de discussion.

A ne consulter que l'équité et la raison, la caution, débiteur accessoire ne répondant qu'à défaut d'un autre, ne doit être poursuivie qu'après le débiteur principal, et alors seulement que l'insolvabilité constatée de ce dernier démontre que c'est à elle à supporter définitivement la dette. Mais les principes rigoureux du droit romain sont insensibles à cette considération ; le débiteur et le fidéjusseur, liés par les mêmes paroles, ont une situation identique, le *mandator* lui-même peut être l'objet des premières poursuites (ll. 56 *pr. mand.*; 3, 5, 19, *C. de fid.*)

Mais une réaction constante s'opère contre cet état de choses ; les mœurs suggèrent des procédés légaux pour obliger le créancier à s'adresser en premier lieu au débiteur principal, et en 535 Justinien, ayant déjà aboli l'effet extinctif de la *litis contestatio*, accorde aux cautions le bénéfice de discussion. Je dis qu'il eut des précédents ; il faut les connaître pour mieux apprécier la portée de l'innovation de ce prince (Nov. IV, pref. Cap. I.)

C'est d'abord cette *lex antiqua* à laquelle Justinien fait allusion et attribue le mérite d'avoir établi le bénéfice de discussion auquel il rendrait la vie. Qu'en est-il de cette affirmation ! La nier simplement est d'autant plus téméraire que l'empereur semble bien connaître cette disposition législative, puisqu'il lui adresse des critiques. Mais il est bien difficile de savoir au juste à quoi il fait allusion.

Cujas, fort appliqué à étudier les termes dont se sert Justinien, a pensé à la loi des douze tables, et la trace de cette ancienne loi se retrouverait dans des lettres que Cicéron adresse à Atticus. L'orateur demande des renseignements au sujet de l'étendue d'un engagement qu'il a contracté pour Cornificius et qui, d'ailleurs, semble peu l'inquiéter, parce que le débiteur est riche et le créancier bien élevé.

Il est peu probable qu'une loi aussi étudiée que celle des douze tables, à tel point qu'on la faisait apprendre par cœur aux enfants, put contenir une disposition qui serait restée inaperçue. Et quant aux lettres de Cicéron, elles constatent un fait beaucoup plus qu'elles n'expriment le droit.

Est-il plus vrai que la décision de Justinien ne soit que la généralisation d'un bénéfice spécialement accordé aux fidéjusseurs des débiteurs du fisc (l. 4, *C. quando fiscus)?* Tout d'abord cela étonne; car, pour qui connaît l'esprit des lois romaines, dérogation, en ce qui concerne le fisc, c'est dire privilège. Mais il suffit de lire le texte pour voir qu'il est tout-à-fait en dehors de la question. Il ne parle pas des débiteurs accessoires intervenus pour fortifier l'obligation du débiteur du fisc, mais des personnes dont ce débiteur pourrait lui-même être créancier, et il veut dire qu'il faut discuter d'abord le débiteur, avant de s'adresser, en exerçant ses droits, à ses propres débiteurs. C'est l'application des règles suivies en matière de saisie dans la procédure du *pignus ex causa judicati captum.* Le créancier devait s'attaquer aux meubles, puis aux im-

meubles, et en dernier lieu aux créances (l. 15, § 2, *de re jud.*)[1]

Peut-être, mais ce n'est là qu'une hypothèse, faut-il renoncer à chercher dans les textes de loi l'origine du bénéfice de discussion que Justinien prétend y trouver. Si les termes « νομον παλαιον » désignent non une loi proprement dite, mais une pratique, une coutume, il ne serait pas impossible que l'empereur fit allusion à un procédé fort usité, que j'ai déjà eu occasion de signaler, et qui n'est autre que la *fidejussio indemnitatis*.

Rien ne le prouve absolument; mais, dit-on, un fait le rend vraisemblable. Dans le chapitre I de la Nov. IV, Justinien fait ressortir un des inconvénients de la *lex* dont il s'inspire, et s'en montre d'autant plus étonné que c'est le grand jurisconsulte Papinien qui est l'auteur de cette *lex antiqua*.

Quel était donc le défaut de la *fidejussio indemnitatis*, et jusqu'à quel point était-il exact d'affirmer que Papinien l'avait introduite?

On sait comment une modification dans la formule eut pour résultat de donner à l'obligation du fidéjusseur un objet autre que celui de la dette principale; l'objet de la dette accessoire était indéterminé, égal à la différence existant entre la somme due et celle obtenue sur la pour-

(1) Outre que cette hypothèse est bien plus conforme à la rubrique du titre, il faut remarquer que si les empereurs entendaient parler de cautions, la rédaction du texte serait légèrement différente, et que, au lieu de *debitoribus obligati*, nous lirions « *pro debitoribus obligati.* »

suite du débiteur. Il semblait donc impossible de poursuivre d'abord la caution et de lui demander l'acquittement de sa dette, lorsque son étendue, son existence même, sont en question.

Et pourtant sur ce point, la doctrine romaine n'était pas parfaitement arrêtée (l. 42 *pr. de reb. cred.)* Celse suppose que le fidéjusseur Seius a été, le premier, l'objet des poursuites du créancier. Titius est libéré pour une somme égale à celle qu'il était dans l'impossibilité de payer lors de la poursuite de Seius. On a dû, à ce moment, apprécier les facultés de Titius : ce qu'il n'aurait pas pu payer, par suite ce qui était dû par le fidéjusseur, on l'a demandé à Seius, et dans cette mesure Titius a été libéré par l'effet extinctif de la *litis contestatio.*

Le raisonnement de Celse ne manque pas d'exactitude juridique ; mais outre que le procédé, tel qu'il l'envisage, devait être d'une application difficile, il ne faisait pas disparaître l'inconvénient majeur de laisser la caution exposée aux premières poursuites.

Bien plus naturelle est la façon dont Papinien interprète la *fidejussio indemnitatis* (l. 126 *de verb. obl.)* L'engagement du fidéjusseur est regardé comme conditionnel. Il est obligé *si debitor solvere non potuerit* [1]. D'où suit que l'action est impossible contre le fidéjusseur tant que le débiteur principal n'a pas été discuté.

(1) Aussi le fidéjusseur est-il recevable à opposer au créancier sa négligence à poursuivre le débiteur. Il a promis de payer seulement ce que le créancier ne pourrait obtenir.

Or le texte cité est le seul qui ait trait à la question, et à ce point de vue, on est en droit d'affirmer que Papinien, le premier, a connu la *fidejussio indemnitatis*, non qu'il l'ait inventée, mais parce que le premier il l'a bien comprise, a vu le parti qu'on devait en tirer, et en fait découler pour le fidéjusseur un avantage analogue à celui du bénéfice de discussion.

Pas complètement pourtant : Justinien adresse à la *lex antiqua* un reproche que l'on prétend mérité par la *fidejussio indemnitatis*. Le débiteur, par son absence, pouvait échapper à la discussion, et entraver toutes poursuites. Aussi bien contre lui que contre le fidéjusseur, c'est cet inconvénient que Justinien a soin d'éviter lorsqu'il règlemente le bénéfice de discussion.

Je ne sais si cette explication a le mérite d'être exacte ; en tous cas, on ne saurait lui refuser celui d'être très ingénieuse. Cependant elle a un point faible : la préface de Justinien éveille l'idée d'une loi antique, d'un vieux souvenir ; il n'est pas sorti du domaine de la théorie, et l'empereur ne sait trop pourquoi. Assurément il y a dans ce précédent historique tel que le présente Justinien, il y a, dans l'idée qu'il s'en fait, quelque chose qui ne semble pas se rapporter à la *fidejussio indemnitatis*. Sans doute, ce prince eût parlé d'elle en termes différents. Pourquoi appeler loi la *fidejussio indemnitatis ?* Une loi n'était pas nécessaire pour autoriser une modification de la formule interrogative ; ensuite le mot de *fidejussio indemnitatis* ne se trouve guère dans les textes.

Justinien fait encore moins allusion à l'usage des créanciers bien élevés de s'adresser en premier lieu au débiteur principal.

M. Accarias[1] pense que cette *lex antiqua* est bien une loi véritable. Elle serait très ancienne et remonterait à l'époque des *legis actiones ;* et en effet, comment concilier un bénéfice de discussion avec l'effet extinctif de la *litis contestatio ?* Autant vaudrait abolir le cautionnement. Il est vrai que dans le système des actions de la loi, on ne peut agir deux fois *de eadem re*. Mais sans doute cette règle n'est vraie que si les parties restent les mêmes.

La *fidejussio indemnitatis* n'est pas, au reste, la seule ressource dont peuvent user les parties, pour empêcher le résultat qu'elles tiennent à prévenir, et les procédés légaux ne manquent pas pour corriger ce que le droit civil a de trop rigoureux à cet égard.

D'abord, la dette étant garantie à la fois par un fidéjusseur et par une hypothèque, les parties peuvent convenir, même par un pacte adjoint, que le fidéjusseur ne sera poursuivi que jusqu'à concurrence de ce qui restera dû au créancier, après la réalisation du gage hypothécaire (ll. 17 *C. de fid. ;* 52 *pr. et* 63 *de fid.*)

Les principes peuvent être éludés d'une manière directe, par la modification de la formule : *Si reus non solverit, fide tua esse jubes ?* Le fidéjusseur n'est tenu que si le

(1) Précis de droit romain II, p. 374, n° 3.

débiteur meurt ou a été interpellé sans avoir payé (l. 16, § 6, *de fid.)* [1]

Le mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire fournit encore un moyen de soustraire la caution aux premières poursuites (Inst. Just. § 2, *de mand.)*

Enfin une dernière ressource dût être usitée dès le début de la procédure extraordinaire. Dès cette époque, c'est Justinien qui nous l'apprend, les fidéjusseurs ou les *correi promittendi* peuvent, par un pacte, enlever à la *litis contestatio* son effet extinctif, et sous son règne, cette clause est devenue de style. Dès lors rien ne fait plus obstacle à un véritable bénéfice de discussion convenu entre le créancier et le fidéjusseur [2].

L'origine du bénéfice de discussion ne doit pas être recherchée dans la situation faite à certains débiteurs qui ne sont jamais exposés aux premières poursuites. Ce sont des débiteurs subsidiaires, et non des cautions [3].

Arrivant à la législation de Justinien, je me demande

---

(1) Une interpellation est-elle absolument exigée, il est difficile de le dire. Tout ce qu'il faut, c'est que le créancier se soit sérieusement adressé au débiteur.

(2) Mais la possibilité de cette seconde convention est étroitement liée à celle de la première, puisque sans elle, elle libère simplement la caution. On rapportera donc à la *fidejussio indemnitatis* ou à quelque autre procédé analogue des constitutions de Caracalla et de Dioclétien qui admettent la validité de tels pactes (ll. 5 et 19 *C. de fid.)*

(3) Tels sont les tuteurs qui n'ont pas géré la tutelle (l. 55, § 2, *de adm. tut.)*; les magistrats qui ont donné des tuteurs *alterius tantum periculo* (ll. 1, § 19, *de maj. conv.*; 11, § 1, *ad mun.)*; le père qui a autorisé son fils à entrer en charge (ll. 2 *pr.* et 17, § 2, *ad mun.)*

à quelles cautions appartient le bénéfice de discussion, quels sont ses conditions d'exercice et ses effets.

Il est général, en ce sens qu'il est indépendant de la forme qu'a revêtue l'engagement de la caution. La Novelle l'accorde aux *mandatores pecuniæ credendæ*, et sans doute aussi aux *rei constitutæ pecuniæ*, si l'on consent à remplacer par le terme de constitut celui de *sponsio*, qu'on est assez étonné de trouver dans une loi de Justinien. Ce changement est d'autant plus légitime que les Novelles 115, ch. 6 et 136, préf. et ch. 1, traduisent : « αντιφωνητης » par *constituens*. Les *sponsores* et les *fidepromissores* sont donc les seules cautions dépourvues de cette faveur.

L'empereur, désirant plaire à l'opinion publique, refuse le bénéfice de discussion aux *argentarii* qui exaspéraient les débiteurs par leurs exigences. Les *argentarii* protestent ; ils obsèdent Justinien de leurs réclamations : le bénéfice n'existe pas à leur profit, mais il subsiste contre eux. Que cette injustice cesse dans un sens ou dans l'autre.

Tout ce que Justinien leur accorde, c'est d'exiger des cautions qu'ils reçoivent, une renonciation au bénéfice de discussion, et les clauses de renonciation deviennent de style.

La discussion est pour la caution une faveur. De là deux conséquences : elle peut y renoncer et elle est présumée l'avoir fait si elle néglige de l'invoquer.

Qu'elle puisse y renoncer expressément, cela n'est guère douteux en présence du raisonnement que l'empereur tient aux *argentarii*. Ce sont des gens vus avec une certaine défaveur, et tout ce qu'on fait pour eux, c'est de leur laisser

l'application du droit commun. Justinien le dit lui-même : on peut toujours renoncer à une faveur. Ces renonciations durent être pratiquées chez les Romains ; elles sont la source des clauses de renonciation si fréquentes aujourd'hui.

Le bénéfice de discussion n'abolit pas le choix du créancier, mais le paralyse seulement ; car il suppose certaines conditions qui peuvent ne pas se trouver remplies. Il faut d'abord que la caution le demande [1], et comme ce n'est pas un moyen de défense au fond, mais tout simplement la demande d'une constatation à faire qui se réduit, en somme, à celle d'un délai indéterminé, passé lequel on sera fixé sur l'existence et l'étendue de la dette, cette demande empruntera la forme d'une exception opposée *inter exordia litis*.

Elle exige, pour être valablement formée, la présence du débiteur. C'est sur ce point que Justinien prétend réformer le droit ancien lorsqu'il décide qu'en cas d'absence du débiteur, le juge fixera à la caution un délai pour le faire comparaître. Passé ce délai, l'instance suit son cours ; le droit romain n'admet pas en général de poursuites ni de *venditio bonorum* contre l'absent *indefensus*.

Donc présence du débiteur principal, non-insolvabilité notoire de ce débiteur, car, dans le cas contraire, sa présence n'avance à rien, et j'ajoute : existence contre lui

(1) La première phrase du chap. I semble indiquer le contraire ; mais la suite du texte corrige ce que le début a de trop absolu.

d'une action, telles sont les conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de discussion.

Il a pour effet de dispenser la caution de faire l'avance [1]. D'ailleurs, le créancier, par sa négligence et son inaction, laissant le débiteur devenir insolvable, fait ainsi retomber cette insolvabilité à la charge de la caution.

Mais si le créancier, renvoyé à discuter le débiteur alors solvable, a négligé de le poursuivre, et si ce dernier se trouve par la suite être au-dessous de ses affaires, ce créancier s'adressant de nouveau à la caution, ne se verra-t-il pas repoussé par une exception de dol? Il semble que ce soit la conséquence normale du bénéfice.

Dans le chap. II de la Nov. IV, Justinien étend au tiers détenteur le bénéfice de discussion. C'est l'*exceptio excussionis personalis*. Poursuivi par le créancier hypothécaire, le tiers détenteur peut exiger que ce dernier discute d'abord le débiteur principal et tous ceux qui sont personnellement tenus. C'est dire que le bien grevé d'hypothèque et aliéné ne compte plus dans les biens du débiteur susceptibles de discussion.

Le débiteur principal et la caution ayant chacun fourni hypothèque sur des biens qu'ils ont par la suite aliénés, le

(1) Avant Justinien, le débiteur pouvait obtenir un pacte *de non petendo in personam*; il n'avait d'autre portée que de lui éviter une avance de fonds. Ce pacte n'est plus possible sous Justinien; il serait la suppression du bénéfice de discussion. Il faut donc en rejeter la validité ou lui donner la valeur d'un pacte *in rem*.

créancier non désintéressé par l'exercice de l'action personnelle, devra attaquer en premier lieu les biens hypothéqués par le débiteur principal [1].

SECTION II.

Effets du cautionnement entre le débiteur et la caution.

La qualité d'*intercessor* confère à la caution un recours contre le débiteur principal, afin de se faire indemniser du préjudice que lui cause sa libération (Gaïus III, 127, Inst. Just. *de fid.*, § 6). L'action en recours n'existe pas au profit de la caution engagée *in rem suam* ou *animo donandi* (ll. 5 *pr. de lib. leg.*; 9, § 3 *de sct. Mac.*)

Fondement juridique de ce recours ; quels faits y donnent ouverture, quelles circonstances le font perdre ? Quelle est la situation de la caution cessionnaire des actions du créancier ? Telles sont les questions que je vais examiner.

Le plus souvent, la créance en indemnité qui appartient à la caution a sa source dans un mandat intervenu entre celle-ci et le débiteur et dont le fait du cautionnement est

(1) Ce bénéfice ne doit pas être confondu avec celui connu sous le nom d'*excussionis realis*, bien antérieur à Justinien et qui permet d'exiger du créancier muni d'une hypothèque générale et d'une hypothèque spéciale, qu'il s'attaque d'abord aux biens compris dans son hypothèque générale, afin de ne pas anéantir les droits rivaux établis sur les biens spécialement hypothéqués (*l.* 2, *C. de pign. et hyp.*)

l'exécution même. Cela est exact pour l'*adpromissio* et le constitut ; cela est vrai aussi pour le *mandatum pecuniæ credendæ* où le prétendu mandant sera, dans la plupart des cas, le mandataire du débiteur.

Il peut se faire cependant que la caution ait pris l'initiative et que son intercession soit fournie en dehors de tout mandat. L'action *mandati contraria* sera remplacée par l'action *negotiorum gestorum*, inférieure à la première en ce que le gérant d'affaires doit prouver l'utilité de sa gestion, au lieu que le mandataire n'est obligé qu'à une chose : se conformer à la lettre de son mandat (l. 20, § 1 *Mand.*)

Que décider si l'engagement de la caution, la gestion d'affaires, pour parler en général, est contractée ou accomplie au mépris d'une prohibition expresse du débiteur ? La question, assurément très peu pratique, était discutée. Les uns, soucieux de l'équité, accordent une action *utilis ad exemplum negotiorum gestorum* (l. 40 *Mand.*) ; d'autres, plus désireux de couper court à des manifestations d'un zèle trop indiscret, refusaient toute espèce de recours. Cette opinion devait triompher et Justinien la consacre, exigeant seulement que l'opposition du maître soit signifiée par écrit et devant témoins (ll. 8, § 3 *de neg. gest.* ; 6, § 2, et 53 *Mand.* ; 24 *C. de neg. gest.*)

Les textes nous disent que la caution acquiert l'action en recours par le fait du paiement ou de la condamnation prononcée contre elle (Inst. *de fid.*, § 6 ; l. 38, § 1 *Mand.*) Une formule un peu plus compréhensive est préférable et j'aime mieux dire que la caution doit s'être appauvrie,

que son droit à une indemnité résulte d'une satisfaction quelconque procurée à ses dépens au créancier.

Au nombre de ces satisfactions on doit compter la compensation opposée par la caution ou la délégation par elle faite au créancier de son propre débiteur (ll. 26, § 2 *Mand;* 18 *de fid.*) et l'acceptilation obtenue du créancier dans le but de gratifier personnellement la caution (l. 10, § 13 *Mand.*)

Au reste, il est évident que le paiement et la condamnation sont les faits habituels qui donnent naissance à l'action en indemnité.

Le paiement, pour donner ouverture à cette action, doit être libératoire, c'est-à-dire valable. La caution qui a payé avec les deniers d'autrui ne peut exercer de recours qu'après leur consommation (l. 94, § 2 *de sol*). Jusque-là, en effet, le créancier est exposé à l'action en revendication et la dette n'est pas éteinte.

Payant avant le terme convenu, la caution ne se conforme pas à la lettre du mandat. Dès lors deux solutions sont possibles : lui accorder un recours immédiat, déduction faite du préjudice qui peut en résulter pour le débiteur, ou retarder à l'époque de l'échéance l'action en indemnité, et c'est ce dernier parti auquel s'arrêtent les jurisconsultes (ll. 31 *de fid.; 22 pr.* et 51 *Mand.*)

La négligence mise par la caution à prévenir le débiteur de sa libération entraîne la déchéance de son action en indemnité si le débiteur, ignorant le fait du paiement, désintéresse à son tour le créancier. Le droit de la caution

se borne à demander au débiteur la cession de la *condictio indebiti* qui lui appartient[1] (l. 29, § 3 *Mand.*)

La réciproque est vraie, c'est-à-dire que pareille négligence du débiteur permet à la caution qui a payé de bonne foi d'exercer aux mêmes conditions son recours contre le débiteur principal (l. 29, § 2 *Mand.*)

Enfin le paiement ne peut donner naissance à une action, si la caution est intervenue sur le mandat d'une personne incapable de s'obliger civilement, d'un pupille non autorisé, par exemple.

Il n'est pas nécessaire que la caution se soit déjà appauvrie pour qu'elle puisse recourir contre le débiteur. Il ne suffit pas non plus, en principe, qu'elle ait été poursuivie : une condamnation prononcée contre elle est nécessaire et suffisante. Dès ce moment, en effet, elle est sûre de perdre (l. 45 *de fid.*) Mais toujours faut-il que le mandataire n'ait aucune faute à se reprocher. Une exception perpétuelle permet de repousser la prétention du demandeur ; la caution, qui en connaît l'existence, ne l'invoque pas ; elle ne peut exercer aucun recours (ll. 29 *pr. Mand.; 67 de fid.*), à moins qu'il ne s'agisse d'une de ces exceptions fondées sur une subtilité juridique, de celles qu'Ulpien appelle « *minus honestæ* » et auxquelles renonce un défendeur de bonne foi (l. 29, § 4 *Mand.*)

Semblable déchéance serait encourue par la caution injustement condamnée qui aurait négligé d'interjeter appel (l. 10 *C. Mand.*)

---

(1) Cette solution est admise par notre Code civil (art. 2031).

Comme notre Code civil, la législation romaine, dans des hypothèses exceptionnelles où la caution n'a fait aucun sacrifice et n'est même pas sûre d'en avoir eu à faire, lui permet de recourir contre le débiteur principal, afin de l'obliger à payer lui-même ou de lui abandonner les fonds suffisants pour cela. Indépendamment de l'hypothèse où c'est la simple exécution de la convention, la loi 10 *(C. Mand.)* cite le cas où le débiteur, dissipant sa fortune, la caution peut concevoir de justes craintes sur l'efficacité de son recours futur.

Bien mieux, ce recours anticipé peut être autorisé par la seule incurie du débiteur qui néglige de payer. La caution n'ayant pas une somme suffisante pour désintéresser le créancier peut, si un long espace de temps s'est déjà écoulé, agir contre le débiteur à l'effet d'obtenir sa libération (l. 38 § 1 *Mand.*)

Tel est le recours de la caution ; une action personnelle qui la laisse exposée à toutes les chances d'insolvabilité du débiteur, à moins que, n'ayant fait une promesse en la forme *spondeo*, elle ne jouisse des faveurs exagérées qui appartiennent aux *adpromissores* qui se sont engagés en ces termes [1].

---

(1) La loi *Publilia* fait au *sponsor* deux faveurs spéciales. A la place de l'action *mandati*, il peut exercer l'action *depensi*, qui croît au double en cas d'*infitiatio* (Gaïus III, 127). Non remboursé dans les six mois, il peut, se passant de jugement, recourir à la *manus injectio pro judicato*. Le débiteur ne peut s'y soustraire qu'en fournissant un *vindex*. Cela nous explique pourquoi, sous le système formulaire, il est obligé, bien que plaidant *suo nomine*, de fournir la *cautio judicatum solvi* (Gaïus IV, 22, 25).

Mais elle peut améliorer sa situation en obtenant la cession des actions. Le premier avantage qu'elle y trouve, peu sérieux sans doute, car les textes n'en parlent pas, consiste dans la faculté de substituer à son action personnelle celle du créancier, laquelle, à raison de sa nature, se trouve être plus favorable. C'est, par exemple, une de ces actions où l'*infitiatio* entraîne une condamnation au double. Ou bien l'action est par elle-même privilégiée, comme celle du créancier qui prête sans intérêts pour la reconstruction d'une maison, la construction, l'achat ou l'équipement d'un navire (ll. 24, § 1, et 26 *de reb. auct. jud.*)

En second lieu et surtout, la caution cessionnaire des actions peut se prévaloir des droits de gage et d'hypothèque appartenant au créancier, pourvu que ce dernier ne souffre pas de l'exercice de ces actions (l. 2 *C. de fid.*) La caution peut s'en prévaloir vis-à-vis du débiteur ; elle le peut jusqu'à l'innovation apportée par Justinien dans la novelle IV, à l'égard des tiers détenteurs (l. 14 *C. de fid.*)

SECTION III.

Effets du cautionnement dans les rapports des cautions entre elles.

Aucune relation juridique n'existe entre les personnes qui ont cautionné une même dette. De là l'inexistence d'un recours entre cofidéjusseurs lorsque l'un d'eux a avancé la totalité de la dette. Tel est le principe. Il fléchit en vertu de la loi ou est écarté par la cession des actions.

Une loi *Apuleia* créait entre les *sponsores* et *fidepromissores* une sorte de société autorisant un recours réciproque qui s'exerçait par l'action *pro socio* [1].

Les cautions auxquelles cette loi est inapplicable obtiennent, par la cession des actions, le recours qu'elles ne peuvent avoir de leur chef (l. 39 *de fid.*)

Cela ne veut pas dire qu'exerçant l'action du créancier, la caution se trouve avoir des droits aussi étendus que les siens. Il est d'abord évident qu'elle doit, pour éviter un circuit d'actions inutile, déduire la part pour laquelle elle doit définitivement contribuer dans la dette vis-à-vis des autres cautions ; mais bien plus, il est fort probable que le cessionnaire ne peut actionner son cofidéjusseur pour une somme plus forte qu'une part virile, toutes les cautions étant censées solvables [2].

Au reste, il n'est pas douteux qu'une fois le bénéfice de division introduit, l'exception qui compète à la caution contre le créancier peut être opposée au cofidéjusseur, le cédant n'ayant pu lui conférer que les droits qu'il avait lui-même.

---

(1) La loi *Apuleia* n'avait-elle pas été abolie en Italie par l'effet même de la loi *Furia* ? Gaïus pose la question sans la résoudre (Gaïus III, 122) ; mais si la division s'opère *ipso jure*, la réponse affirmative ne peut être douteuse.

(2) On peut tirer en ce sens un argument d'analogie de la loi 5 *pr. censibus.*

CHAPITRE IV.

Causes d'extinction du cautionnement.

Engagement accessoire, le cautionnement peut s'éteindre directement ou par voie de conséquence, lorsque l'obligation qui lui sert de support vient à disparaître. Deux questions s'élèvent donc immédiatement : l'extinction de la dette accessoire est-elle le corollaire obligé de la disparition de la dette principale ? Et à l'inverse, bien que l'obligation principale se suffise à elle-même, ne peut-il pas se faire que le sort du cautionnement réagisse sur l'obligation du débiteur et que la libération de ce débiteur soit la conséquence de celle de la caution ?

Scévola pose en principe que l'obligation du répondant survit à celle du débiteur, chaque fois que la libération de ce dernier laisse subsister à sa charge une obligation naturelle (l. 60, *de fid.*)

Ce *criterium*, fût-il exact, serait difficile à accepter, parce qu'il y a peu de questions aussi délicates que celles relatives à l'existence d'une obligation naturelle. Mais l'as-

sertion de Scévola n'est même pas toujours vraie ; il n'y a qu'à achever la lecture du texte pour s'en convaincre. La *litis contestatio* faite avec le débiteur libère la caution ; il y a pourtant des hypothèses où elle laisse subsister une obligation naturelle. (ll. 8, § 3 *de fid.* ; 30, § 1 *ad leg. Aq.* ; 8, § 1 *rat. rem* ; 27 *de pign.*) Renversons donc la règle et disons que le maintien du cautionnement suppose l'existence d'une obligation naturelle.

La vérité est qu'aucune des deux questions qui dominent cette matière ne comporte une réponse absolue. Elles ne peuvent être résolues que par l'examen des différents modes de libération.

Ils se divisent en deux grandes catégories : les uns opèrent *ipso jure* ; les autres, *per exceptionem*.

La cause d'extinction *ipso jure* qui, sans toucher à l'objet de la dette, affecte seulement la personne de l'un des débiteurs, telle que la *captis deminutio*, le fait de mourir sans héritier, est sans influence sur l'engagement du débiteur en la personne duquel elle ne s'est pas réalisée (ll. 95, § 4 *de sol* : 1 et 20 C. *de fid.*)

Au contraire, les faits libératoires qui affectent l'objet dû, ne peuvent, en principe, le supprimer à l'égard de l'un des débiteurs, sans le faire disparaître en même temps à l'égard de l'autre ; ce résultat tient soit au caractère accessoire de la dette de la caution, soit à l'identité d'objet des deux obligations.

C'est ainsi que le paiement éteint l'obligation d'une

manière absolue [1], (Gaïus III, 168), à moins qu'il n'ait été effectué par une caution qui a obtenu la cession des actions, auquel cas le débiteur n'a fait que changer de créancier.

Au paiement il faut assimiler la *datio in solutum*, si du moins on lui reconnaît avec les Sabiniens dont l'avis a prévalu, la même puissance extinctive qu'au paiement. (Just. *pr. quib. mode toll ;* l. 17, C. *de sol.)*; et aussi l'*acceptilatio*, véritable paiement fictif qui étaient *ipso jure*, les obligations nées *verbis* (ll. 16 pr. § 1 et 13, § 7 *de accept.)* [2]

Le *contrarius consensus* met à néant l'obligation, et partant libère tous les débiteurs (l. 35 *de reg. jur.*)

La novation fait également disparaître toutes les sûretés personnelles [3] ou réelles qui pouvaient garantir l'obligation primitive. Une convention expresse intervenue entre le débiteur et le créancier est même impuissante à rattacher

(1) Le *mandator* qui effectue le paiement, ne libère pas le *reus ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*. Cette remarque présente de l'intérêt au point de vue de la cession des actions.

(2) A l'égard de l'acceptilation, il faut se souvenir qu'elle ne peut avoir effet que sur une dette déjà née. Son effet est donc relatif si l'on suppose le cautionnement d'une obligation future (l. 13, §§ 8 et 9 *de accept.)*

En second lieu je mentionne qu'un simple pacte de remise, s'adressant à une obligation naturelle aurait la même valeur que l'acceptilation s'appliquant à une obligation verbale. Il libère donc de plein droit et le débiteur principal et la caution obligée civilement (l. 95, § 4 *de sol*). Il éteint aussi *ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum* (l. 17, § 1 *de pactis.*)

(3) Le *mandator pecuniæ credendæ* doit rester obligé *ipso jure*, comme il le demeure en cas de paiement effectué par le débiteur principal.

à la nouvelle obligation les garanties personnelles qui fortifiaient la première. C'est que le cautionnement est un service d'ami, et que des considérations de personne ou des modifications dans la nature de la dette peuvent autoriser la caution à ne pas le renouveler. (l. 4, C. *de fid.*)

Aux yeux des Romains, la confusion est un véritable mode d'extinction des obligations (l. 38, § 1 *de fid.*) ; et ils la comparent à un paiement, du moins dans l'hypothèse où un débiteur unique succède à son unique créancier et réciproquement. Dans cette hypothèse, les deux obligations s'éteignent.

Lorsque le rapport obligatoire est indépendant de l'obligation d'une personne déterminée, il subsiste à l'égard des personnes dont la situation n'a pas été modifiée : le créancier qui a deux *rei promittendi*, et qui succède pour le tout à l'un d'eux, conserve, en principe, ses droits contre l'autre. La caution intervenue pour le *correus* qui demeure obligé reste donc elle-même tenue. Seulement, poursuivie par la personne qui a succédé à la fois à l'un des débiteurs et au créancier, elle peut lui opposer l'exception de dol. L'action *mandati* en effet est susceptible d'être exercée contre ce successeur que la caution est libre de considérer comme débiteur, et il y a dol à réclamer ce qu'on sera peut-être obligé de rendre immédiatement. Mais l'action du créancier peut être utilement intentée contre le *correus promittendi* dont l'obligation a survécu. (ll. 71, *pr. de fid.* ; 8 *pr. de dol. mal. except.)*

L'extinction du rapport d'obligations existant entre le créancier et la caution demeure sans effet sur le sort de l'obligation principale. La caution devenue héritière du créancier doit poursuivre le débiteur par l'action du contrat principal, et non par l'action *mandati*, car il est impossible de concilier une fiction de paiement avec le maintien de l'obligation principale (l. 21, § 5 *de fid.*)

A cette règle existe une exception : le créancier a intenté son action, et sans rien obtenir, a épuisé son droit. Dans ces circonstances, Pomponius admet la caution qui a succédé au créancier à poursuivre le débiteur par l'action *mandati* (l. 11 *Mand.*)

Lorsque la confusion se produit entre l'obligation principale et l'obligation accessoire, la première absorbe l'autre, si du moins elle est *plenior* [1] (ll. 5 et 21, § 2 *de fid.*; 95, § 3 *de sol.*)

Le principe que l'extinction de l'obligation qui affecte son objet même, entraîne la libération de tous les débiteurs, conduit logiquement à décider que la caution cesse d'être tenue lorsque, par son dol, elle a détruit la chose due. Le dol de la caution en effet est, quant au débiteur,

(1) Proculus était d'un autre avis (l. 93, § 3 *de sol.*) Pour lui, le débiteur héritant du fidéjusseur, les deux qualités subsistent en sa personne. M. Pellat a expliqué cette doctrine par un raisonnement très ingénieux ; l'obligation qui s'éteindrait serait celle de l'héritier et non celle du défunt. Dès lors comment admettre une fidejussion qui ne serait soutenue par rien ! C'est pourquoi Proculus maintient les deux obligations.

un pur cas fortuit ; et celui-ci libéré en vertu d'une cause qui tient à la disposition de la chose due, l'engagement de la caution ne doit pas survivre à la dette principale (l. 178 *de reg. jur.*)

Le créancier se trouve donc réduit à intenter contre la caution l'action de dol, action annale et intransmissible passivement (l. 19 *de dol. mal.*)

Africain, frappé sans doute de cet inconvénient, permet au créancier de se faire restituer son action contractuelle (l. 38, § 4 *de sol* ;) et Marcien, sous-entendant cette restitution, accorde l'action à titre d'action utile (l. 32, § 5 *de usuris,*) jusqu'à ce qu'enfin Papinien autorise directement l'exercice de l'action *ex stipulatu* (ll. 95, § 1 *in fine de sol* ; 88 *de verb. obl.* ; 44 *de op. lib.)*

Ces textes de date différente doivent accuser un progrès dans la jurisprudence, et de l'avant dernier que je cite, on peut induire que la même évolution s'était produite à l'effet de déterminer les conséquences de la perte fortuite de la chose due, arrivée après la mise en demeure de la caution.

Je passe aux modes d'extinction prétoriens, à ceux qui n'opèrent que par voie d'exception. Ici encore l'extinction peut se produire, je veux dire l'exception peut naître en la personne du débiteur principal ou en celle de la caution.

Marcien pose en principe que toutes les exceptions dont jouit le débiteur principal peuvent être invoquées par la

caution (l. 19 *de except.*), assertion beaucoup trop générale et qui n'est vraie que des exceptions *rei cohærentes* (ll.7 pr. et § 1 *de except.*) Nées en la personne de la caution, de telles exceptions ne profitent même pas toutes au débiteur. Il faut pour cela qu'elles suppriment l'objet de la dette ou qu'elles soient assimilées à un paiement, et telle est aussi la règle dans les rapports des cautions entre elles,

Les exceptions *personæ cohærentes* sont de beaucoup les moins nombreuses et elles méritent absolument leur nom. Je citerai notamment l'exception *quod facere potest* qui sert à faire valoir le bénéfice de compétence, l'exception *nisi bonis cesserit,* enfin celle qui résulte d'un pacte de *non petendo in personam.* Consenti au débiteur principal, ce pacte n'a d'autre avantage que de le dispenser de faire l'avance, et il n'a plus aucun sens sous Justinien.

Comme exemple d'exception *rei cohærens*, Paul cite (l. 7 *de exc.*) l'exception de dol. *In personam* à l'égard du demandeur, elle est *in rem* vis-à-vis du défendeur ou si l'on veut du demandeur à l'exception ; c'est-à-dire qu'elle ne peut en principe être opposée qu'à l'auteur du dol, mais qu'elle compète à toute victime de ce dol, encore qu'il ait été dirigé contre un tiers (l. 2, § 1 et 2 *de dol. mal. exc.*) La caution peut donc opposer la compensation du chef du débiteur principal (l. 5 *de comp.*)

L'exception *quod metus causa* au contraire, est, à tous les points de vue, *scripta in rem.* Ces exceptions sont

très propres à nous montrer l'exactitude de la règle posée à propos de l'effet d'une exception *rei cohærens* née en la personne du fidéjusseur. Que celui-ci ait été violenté, la cause de nullité qui affecte son obligation ne fait pas obstacle à la validité de la dette principale (l. 14 § 6 *quod met.*) Au contraire, si le fait de violence a été exercé contre le principal obligé, l'exception qui lui appartient doit, pour être efficace, compéter au fidéjusseur, à moins cependant qu'engagé en connaissance de cause, il n'ait eu précisément en vue de garantir le créancier contre le danger de la *restitutio in integrum.*

L'exception *jurisjurandi* produit des effets différents suivant la forme en laquelle le serment a été déféré. La loi 42 pr. (*de jurejur.*) suppose une action intentée contre un pupille ; le créancier lui défère le serment sur l'existence du prêt lui-même, sur la numération des deniers. La prestation du serment établit l'inexistence de la dette et libère tous les débiteurs. Le pupille se bornant à jurer que l'*auctoritas* de son tuteur lui a fait défaut, l'obligation se trouve démontrée ; elle a la valeur d'une dette naturelle, c'en est assez pour que le cautionnement soit valable.

Mais le plus souvent, les faits seront entourés de plus d'obscurité, et les questions posées avec moins de précision. Il s'agit alors de savoir quel sens et quelle portée doivent être attachés au serment du pupille prêté en ces termes : « *se dare non oportere.* » Pomponius interprète ce serment dans son sens le plus large, le plus

compréhensif ; il équivaut à la négation du fait lui-même [1].

Si l'on suppose le serment déféré à la caution, le débiteur en profite ou reste tenu, suivant que la caution nie l'existence même de la dette ou seulement le fait de son intervention (ll. 42, § 1 *de jur.*; 1, § 3 *quar. rer.*)

Les jurisconsultes romains établissent un parallèle complet entre les effets du serment et ceux de la chose jugée (ll. 26 § 2, 35 § 1 *de jur.*; 56 *de re jud.*; 1 *pr. quar. rer.*) Ce rapprochement ne manque pas de justesse : celui qui s'en rapporte à la conscience de son adversaire le prend lui-même comme juge de sa prétention. La sentence qui prononce une absolution fondée sur la nullité ou l'extinction de l'obligation profite donc à tous les codébiteurs (ll. 42, § 3 *de jur.*; 13 *quib. mod. pign.*) ; l'exception *rei judicatæ* doit compter au nombre des exceptions *rei cohærentes.*

Le pacte *de non petendo*, lorsqu'il est fait *in rem*, c'est-à-dire sans désignation des personnes qui doivent en bénéficier, fournit à chacun des débiteurs l'*exceptio pacti conventi.* Il est de principe, en effet, que l'exception née

(1) Reste à expliquer une difficulté que font naître les dernières paroles du jurisconsulte. Concluant à la libération du fidéjusseur, il lui accorde une exception, et sans doute, dans l'espèce, le serment a trait à une question d'obligation naturelle. Or les obligations naturelles s'éteignent *ipso jure* par le serment (l. 95, § 4 *de sol.*) Il y aurait une singulière erreur chez le jurisconsulte si l'on regardait sa doctrine comme étant en contradiction avec celle de Papinien ; Pomponius se contredirait lui-même, car précédemment il s'exprime ainsi : « *naturalis obligatio hac pactione tolletur.* » Il ne faut donc voir dans les mots qui achèvent la phrase qu'une inadvertance de langage.

d'un pacte *in rem* peut être opposée chaque fois que l'intérêt de celui qui l'a obtenu l'exige. D'où l'on peut conclure que l'exception serait personnelle au débiteur, si la caution était intervenue *animo donandi.*

Cela étant, il semble qu'un nouveau pacte venant anéantir le premier pour faire revivre l'obligation, la caution ne soit pas admise à invoquer l'exception que le premier pacte avait fait naître à son profit, et telle est, en effet, la décision donnée par Paul (l. 27, § 2 *de pactis*).

Furius Authianus pose au contraire, en principe, que le débiteur ne saurait empêcher la caution d'invoquer une exception une fois acquise (ll. 62 *de pactis ;* 15 *pr.* et 32 *de fid.*) [1]

Le pacte *in rem*, fait avec la caution, ne modifie en rien les relations du créancier avec le débiteur principal ; le créancier doit seulement tenir compte au débiteur de ce que la concession du pacte a coûté à la caution.

La caution intervenue pour garantir l'engagement d'une femme contracté au mépris de la prohibition du sct. Velleien peut-elle se prévaloir de la nullité du contrat et opposer au créancier l'exception qui compète à la femme ? La loi 7 *(de except.)* comprend cette exception dans l'énumération de celles qui sont *rei cohærentes.* La loi 16, § 1 *(ad set. Vell.)* atteste pourtant une divergence d'opinions entre Cassius et Julien.

(1) Au pacte *de non petendo in rem* on doit assimiler le legs de libération (ll. 49 *de fid.; 5 pr. de lib. leg.*)

Cassius accorde l'exception à la caution toutes les fois que la satisfaction par elle fournie donnerait naissance à l'action *mandati* contre la femme elle-même, et cela dans le but d'assurer à cette dernière le bénéfice de l'exception.

Telle n'est pas la doctrine de Julien, qui se place à un point de vue beaucoup plus général et dont la solution est incontestablement plus exacte. L'exception née du Velleien est introduite dans l'intérêt du défendeur, elle ne laisse subsister aucune obligation naturelle ; comment, dès lors, concevoir la possibilité d'un cautionnement (ll. 40 *pr. de cond. ind.;* 8, § 3 et 9 *D.; 14 C. ad. sct. Vell.*)

La distinction de Cassius serait au contraire exacte dans la législation de Justinien. Ce prince, par cela même qu'il reconnaît un mode de confirmer et de rendre inattaquable l'*intercessio*, accuse l'existence d'une obligation naturelle.

C'est encore en recherchant si la caution doit être investie d'une action en indemnité contre le débiteur principal ou si, au contraire, elle est intervenue dans un but de libéralité, qu'on doit résoudre la question de savoir si elle peut invoquer l'exception du sete Macédonien (l. 9, § 3 *ad sct. Mac.*)

La caution peut se prévaloir de l'exception *onerandæ libertatis causa*. Elle appartient à l'affranchi qui a fourni immédiatement une promesse à son ancien maître, à seule fin de rester sous sa dépendance, et lui permet de paralyser l'action que le patron voudrait exercer, méconnaissant l'intention qui a inspiré un tel engagement.

C'est une question controversée que celle de savoir si la caution profite de l'*in integrum restitutio* obtenue par

le débiteur. Un texte relatif au fils de famille en puissance (l. 3, § 4 *de min.*) laisse la question indécise et la loi 13 *(eodem)* livre le sort de la caution à l'appréciation du magistrat.

Tout dépend des circonstances et du but du cautionnement. Est-ce le danger qui résulte pour le créancier de l'état de minorité de son débiteur que la caution a entendu garantir? Le bénéfice de la *restitutio* est absolument personnel au mineur. Et c'est en ce sens qu'il faut interpréter l'engagement de la caution (Paul Sent., I, 9, 6).

Les lois 1 et 2 *(C. de fid. min.)* posent en principe que les fidéjusseurs d'un mineur ne peuvent, à moins qu'ils n'ignorent la situation, profiter de la restitution octroyée *ætatis beneficio.*

A tout hasard, Ulpien donne au mineur (l. 13 *pr. de min.*) le conseil de mettre en cause le créancier et le fidéjusseur, afin que, la restitution étant prononcée contre chacun d'eux, le mineur ne reste pas exposé à l'action *mandati contraria.*

La transaction fournit aux parties un moyen de couper court à des contestations en se faisant des concessions réciproques. Elle est réalisée pratiquement dans la forme d'une *acceptilatio* ou d'un pacte *de non petendo*, et, par suite, ses effets sont déjà connus.

La transaction ne peut porter sur une chose jugée ; l'effet de la transaction passée entre le créancier et la caution condamnée se borne donc à diminuer du prix de la transaction la prétention que le créancier fait valoir par l'action *judicati.*

Intervenue après la condamnation de la caution, mais entre le débiteur et le créancier, cette transaction mettrait à néant l'obligation qui résulte du jugement (l. 7, § 1 *de trans.*)

Il me reste, pour terminer, à indiquer deux causes d'extinction dont la seconde seule demande quelques développements. Justinien décida que les cautions engagées *sine scriptis* seraient libérées de plein droit par le laps de temps de deux mois, à moins qu'un délai plus étendu n'eût été expressément spécifié. Pour les fidéjusseurs engagés dans une affaire d'intérêt public, l'écrit peut être suppléé par la présence des *tabularii* lors de l'engagement (l. 27 *C. de fid.*)

J'aborde enfin la cause d'extinction la plus originale, essentiellement romaine, dont j'ai renvoyé l'étude pour ne pas la scinder, ses effets se produisant tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*.

Lorsque le choix du créancier dirigeant ses poursuites s'est arrêté sur la personne du débiteur principal ou de l'un des fidéjusseurs, ce choix devient irrévocable dès la délivrance de la formule ; le droit est épuisé et le créancier ne peut plus intenter une action contre l'un quelconque de ses débiteurs. C'est là une application de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, application exorbitante et cependant juridiquement exacte, conséquence logique du point de vue auquel se placent les Romains pour construire la théorie de la fidéjussion qu'ils envisagent non dans son but et par rapport aux besoins auxquels elle répond, mais dans

sa nature même et dans les *verba* qui la font naître et par suite desquels on regarde les fidéjusseurs comme des *correi* du débiteur (l. 4, § 1 *de fid.*)

Pourquoi donc l'action intentée contre l'un des *correi* libère-t-elle les autres ? et pourquoi les fidéjusseurs sont-ils assimilés aux *correi* à cet égard ?

La qualité de débiteurs alternatifs donnée aux débiteurs *correi* n'est qu'une manière originale et fantaisiste d'expliquer ce résultat. La situation du créancier n'est pas meilleure que s'il avait pour coobligés des débiteurs alternatifs ; une *electio* était à faire ; le mot se trouve dans les textes (Paul sent. II, 17, 16. l. 1, *C. de fid. tut.)* Mais est-on dans la vérité en prétendant que la dette corréale est une dette alternative ? Qui dit alternative dit : l'un ou l'autre. Corréalité signifie l'un et l'autre.

Cette assimilation qui peut être exacte pour certaines dettes appelées corréales, bien qu'elles ne présentent pas ce caractère (l. 8, § 1 *de leg.* 1°), parce que la formule même limite l'étendue des obligations, est inadmissible lorsque toutes les réponses interviennent après toutes les interrogations, auquel cas le nombre des actions est déterminé par le nombre même des réponses, et n'est pas plus exacte dans l'hypothèse ou chaque demande est immédiatement suivie de la réponse, l'idée à laquelle on s'arrête alors étant non celle d'alternativité mais celle de conjonction.

La cause réelle de la théorie romaine réside dans l'unité d'objet qui spécialise le droit d'action. Il était né multiple, mais une seule poursuite l'éteint par suite de ce

principe que pour faire reconnaître un droit, pour faire valoir ses prétentions sur un objet déterminé, on n'a qu'une fois l'accès de la justice.

Cela est si vrai qu'il suffit d'éviter cette identité pour se ménager le droit de renouveler ses poursuites (l. 116 *de verb. obl.)* Pourquoi l'action intentée contre le débiteur ne fait-elle pas obstacle à l'exercice de celle qui compète au créancier contre le *fidejussor indemnitatis ?* Papinien en donne la raison : « *non sunt duo rei ejusdem obligationis.* »

C'est la même raison qui laisse survivre à l'action personnelle les actions réelles qui peuvent appartenir au créancier (ll. 13, § 4 *de pign. et hyp.*; 9 *C. de fid.)* et qui rend cette théorie inapplicable au *mandatum pecuniæ credendæ* (l. 13 *de fid.)* C'est qu'il y a deux obligations distinctes, celle du débiteur ayant pour cause le *mutuum* et sanctionnée par une *condictio certi*, celle du mandataire ayant son principe dans le mandat et donnant naissance à l'action *mandati contraria*.

Enfin l'idée d'*electio* est incompatible avec la diversité des moyens par lesquels se produit l'effet extinctif. Logiquement elle tend à ne faire considérer comme obligée que la personne objet des poursuites, les autres étant regardées comme n'ayant jamais été tenues, puisque la condition mise à leur obligation ne s'est pas réalisée. Cependant la *litis contestatio*, ce point est certain, peut produire ses effets par voie d'exception (ll. 51, § 4 *de evict;* 60 *de fid.;* 7 § 1 *de exc.)* Elle n'opère *ipso jure*

que moyennant le concours de plusieurs conditions ; une action personnelle et *in jus concepta* (Gaïus IV, 106, 107,) et un *judicium legitimum* c'est-à-dire ayant lieu à Rome ou dans un mille autour de Rome, devant l'*unus judex* et entre parties romaines.

Une de ces conditions faisant défaut, le droit déduit en justice n'est éteint que par voie d'exception, et les exceptions *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ* comptent au nombre de celles qui sont appelées *rei cohærentes*.

L'effet extinctif de la *litis contestatis* est-il applicable au constitut ? C'était, nous dit Ulpien, une vieille controverse. On l'avait tranchée dans le sens de la négative (l. 18, § 3 *de pec. const.)* Il n'en saurait être autrement lorsque le constituant promet une chose autre que celle due par le débiteur principal (l. 1, § 5 *de pec. const.)* L'objet fût-il le même, on pouvait dire que le constituant et le débiteur n'étaient pas deux *rei promittendi*. Le constituant ne s'engage qu'à assurer au créancier le montant de sa propre obligation ; il n'a pas promis un objet déterminé, il a promis de payer une dette.

Justinien abroge cette règle gênante, et la même loi qui constate l'usage des pactes destinés à l'éluder, abolit l'effet extinctif de la *litis contestatio* (l. 28 *C. de fid.)* Cette constitution est antérieure à la promulgation du Code ; c'est donc à une erreur des compilateurs qu'il faut attri-

buer le maintien de la loi 1 *C. de fid. tut.* L'ancien droit ne subsistait certainement pas au préjudice d'un créancier digne de toute faveur et traité comme tel (l. 12 *rem pup.)*

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

Introduction 5

CHAP. Ier. Des diverses formes de cautionnement. 1
1° De l'*adpromissio* 2
2° Du constitut 10
3° Du *mandatum pecuniæ credendæ* 13

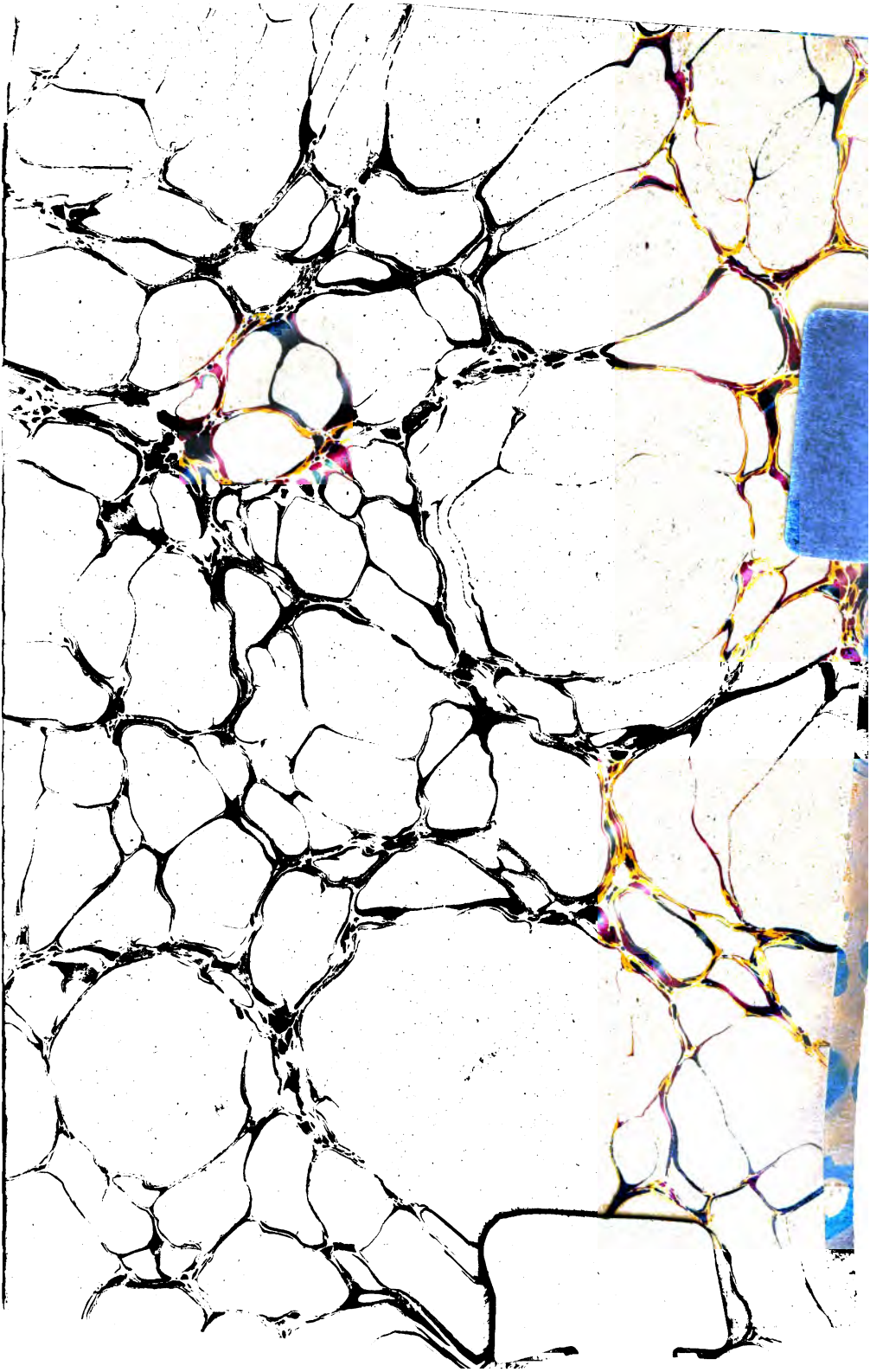
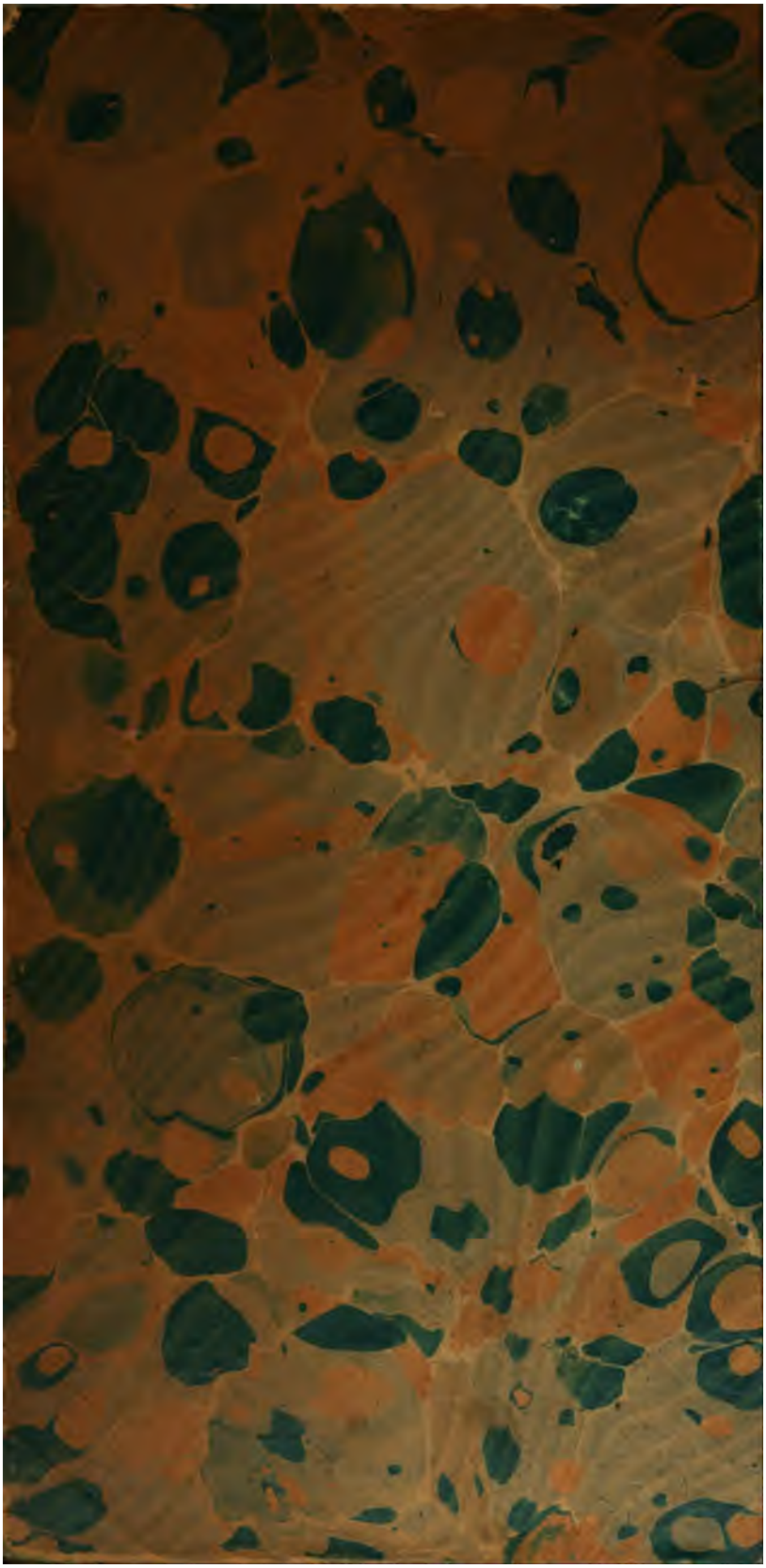
CHAP. II. Conditions nécessaires à la validité du cautionnement 19
1° De l'existence d'une obligation principale. 19
A. De l'identité d'objet des deux dettes 28
B. Du cautionnement contracté *in duriorem causam*. 31
C. De la loi *Cornelia*. 39
2° De l'existence d'un débiteur principal 44
3° De la *prædictio* exigée par la loi *Cicereia* 51
4° De la capacité spéciale requise pour cautionner . . 52

CHAP. III. Effets du cautionnement 59
Sect. I. Rapports du créancier et de la caution. . . . 59
1° Étendue des droits du créancier contre la caution sous le rapport du temps 60
2° Sous le rapport du lieu où la caution peut être poursuivie 75
3° En ce qui concerne l'objet de l'obligation accessoire. 76

4° Caractère des relations du créancier avec la caution. 84
A. Bénéfice de cession d'actions 86
B. Bénéfice de division 97
C. Bénéfice de discussion 112
Sect. II. Relations du débiteur avec la caution 122
Sect. III. Rapports des cautions entre elles 127

CHAP. IV. Extinction du cautionnement 129
Des modes d'extinction de plein droit 130
Des modes d'extinction par voie d'exception 134

ERRATA

Page 9, ligne 23, au lieu de *novendi*, lisez NOVANDI.
— 20, ligne 24, au lieu de *l.* §, lisez l. 55.
— 27, ligne 13, au lieu de *ad sel.*, lisez AD SCT.
— 40, note 1, ligne 2, au lieu de *vingt*, lisez MILLE.
— 42, ligne 24, au lieu de *cautiou*, lisez CAUTION.
— 43, ligne 22, au lieu de *Théodore*, lisez THÉODOSE.
— 44, ligne 12, au lieu de *attermoiements*, lisez ATERMOIEMENTS.
— 61, ligne 4, au lieu de *fidejussores*, lisez FIDEPROMISSORES.
— 61, note 1, ligne 4, au lieu de *s'engager*, lisez DEVENIR CRÉANCIER.
— 62, ligne 5, au lieu de *loi analogue*, lisez PENSÉE ANALOGUE.
— 64, ligne 11, au lieu de *judicata*, lisez JUDICATO.
— 101, ligne 23, au lieu de *du tout*, lisez AU TOUT.
— 126, ligne 3, au lieu de *avoir eu*, lisez AVOIR UN.
— 134, ligne 2, au lieu de *disposition*, lisez DISPARITION.
— 138, ligne 10, au lieu de *Authianus*, lisez ANTHIANUS.

Ex. J. dl.